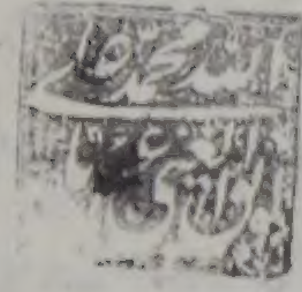
هذا لمحمد علي
ابن الكاظم



بسم الله الرحمن الرحيم

هذا المجلد من كتاب شيخ جواد ره يشتمل على هذه الكتب بهذا الترتيب

كتاب الدين	كتاب الرهن	كتاب الضمان	كتاب الحوالة	كتاب الكفالة	
١	٢	٣	٤	٥	
كتاب الصلح	كتاب المضاربة	كتاب الوديعة	كتاب العارية	كتاب المزارعة	كتاب المساقاة
٦	٧	٨	٩	١١	١٠
كتاب الاجارة	كتاب الوكالة	كتاب الشفعة	كتاب السبق والرماية		
١٣	١٢	١٤	١٥		

هذا كتاب الدين

قوله كتاب الدين وفيه قسمان الاول القرض والدرهم منه بثمانية عشر مع ان درهم الصدقة
بعشرة الدين عبارة عما استقر في الذمة من الاموال وهو لا ينحصر بما ذكره المص من القسمين
وانما اقتصر عليهما لاشتمالهما على اكثر احكام الديون وقد استطرد ما اختص بغير القرض
من الاحكام كما ستعلم والقرض بالفتح والكسر على ما في ق تمليك عين معروف اثبته الشارع
اثباتا مع رد عوضه في غير المجلس غالبا والاخبار في استحباب قرض المؤمن لما فيه من قضاء
حاجته وكشف كربته ولكونه معروفا فقد ورد عن الصادق ع في قول الله عز وجل الا من امر
بصدقة او معروف قال يعني بالمعروف القرض وقد ورد على انه افضل من الصدقة وان الصدقة
بعشرة والقرض بثمانية عشر وان ذلك مكتوب على باب الجنة وان الله يحسب له اجره بحساب
الصدقة حتى يرجع ماله اليه وهو يقتضي ان له في كل ان من انات تاخيره ثواب الصدقة فيزيد
على ثواب الصدقة اضعافا مضاعفة وان كان ثواب القرض ذاتا ضعف ثواب الصدقة
كما يستفاد من المروي عن الشيخ مرسلا ان القرض افضل من الصدقة بمثله في الثواب بناء
على تعلق بمثله بافضل لكنه بعيد بل الظ تعلقه بالصدقة فلا يفيد سوى افضليته على
الصدقة من غير تقدير للثواب على نحو ما ورد من قوله ع لان اقرض قرضا حسنا احب
الي من ان اتصدق بمثله نعم ما اشرنا اليه من ان النصوص القاطعة بان القرض بثمانية
عشر والصدقة بعشرة فاصيبه بان ثوابه ضعف ثواب الصدقة حيث انه هو القرض
يرجع الى صاحبه بخلاف الصدقة فيقع المفاضلة بينهما في الثواب المكتسب وهو تسعة وليس
فيما وقف عليه من النصوص ما يدل على افضلية الصدقة سوى ما روي عن النبي ص انه قال الف
درهم اقرضها مرتين احب الي من ان اتصدق بها مرة والدال التي فيه بل الظ انه اشار
بذلك الى امكان التكرار بالقرض دون الصدقة وهذا من جملة المرجحات للقرض
عليها في مرجحاته من ان القرض لا يقع الا في يد المحتاج غالبا بخلاف الصدقة والظ ان

هنا

اقراض
هذا الثواب مترتب على اقراض المؤمن كما ورد مقيدا بذلك في بعض الاخبار وان كان
غيره جائزا بل راجحا في بعض الاحوال وفيه اجر ايضا وانه مشروط بقصد القربة التي لا ثواب
بدونها الا ما وقع على جهة التفضل في بعض الاعمال ولم يثبت ان القرض منها وعلى فرضه ولكونه
من المعروف ومكارم الاخلاق فلم يثبت تقديره بكونه ضعف ثواب الصدقة بل ذلك مقترن
بالقربة التي لا ينفك عنها تحقق مفهوم الصدقة قوله والصيغة اقرضتك او انتفع
به او تصرف فيه او ملكتك وعليك عوضه فيقول المقرض قبلت وشبهه الخلاف
في ان القرض عقد من العقود مفتقر الى الصيغة وان دخلته المعاطاة ايضا كغيره
من العقود الا ان مفاد الصيغة الملك بها او بالقبض او بعد التصرف الكاشف عن حصول
الملك بهما ومفاد المعاطاة اباحة التصرف الذي لا يفيد ملكا الا في بعض ما يتوقف
منه على الملك كالعتق والبيع فقد قيل بلزوم الملك تقديرا قبله وهو غير ثابت فيما
في المسالك من انه لو قلنا بتوقف الملك في القرض على التصرف كان قبله بمنزلة الاباحة
فينبغي عدم توقفه على العقد غير متجه نعم لو قلنا بان المعاطاة تفيد ملكا متزلزلا
كالعقد بناء على القرض من العقود الجائزة فتنتفي الفائدة بين عقدته ومعاطاته
الا انه ستعرف ما يراد من جواز عقد القرض وانه بمعنى استحقاق المطالبة بالعوض
في الحال وهو لا ينافي اللزوم فالفائدة متحققة بينهما واما ذكره المص من ان صيغة الايجاب
اقرضتك وما بعده من الصيغ فقد تضمن امرين الاكتفاء في ايجاب القرض بكل لفظ
دال على معناه صريحا كان او غيره واعتبار ما ينضم الى غير الصريح من اللفظ الدال على ارادة
القرض كانضمام وعليك عوضه الى قوله في الايجاب خذه او انتفع به او تصرف فيه او
ملكتك واسلفتك واما الاكتفاء بجميع الالفاظ المذكورة فمبني على ما اشتهر بينهم
من المسامحة في صيغ العقود الجائزة بناء على ان القرض منها الا انه في كونه منها محل

اشكال المليبأتي من عدم جواز رجوع المقرض بالعين بعد العقد والقبض ومن جواز له
المطالبة بالعوض في الحال فان ذلك لا يأبى اللزوم لكن صرح جماعة بمعاملة القرض
معاملة العقد الجائز في الاكتفاء بكل لفظ على وجه يظهر انه من المسلمات بينهم فان
تم اجماع والا فالاحوط الاقتصار على اقرضتك وما بمنزلتها من الصيغ التي لا تتوقف
على قرينة والضميمة واما الاكتفاء بالضميمة المذكورة وهي رد العوض في باقي الصيغ
فيشكل بانها لا تشخص القرض ايضا لاحتمالها مع ذلك الهبة المذكورة المعوضة والاباحة
بالعوض الا ان تنضم قرينة اخرى في ارادة خصوص ارادة القرض كاستدعاء المقرض
قبل ذلك ونحوه ولو تجردت الصيغ المذكورة من ضميمة رد العوض فما تضمن منها
الامر بالانتفاع والتصرف فهو ظاهر في الاذن وما تضمن في التمليك فهو ظاهر في الهبة
فلو ادعى المالك فيه ارادة القرض فقد رجح في التذكرة قبول قوله لانه لفظه وهو ابصر
بنيته واحتمل تقديم مدعي الهبة لانه ظاهر اللفظ ولعل الاظهر هذا في طرف الايجاب واما
في طرف القبول فلا اشكال في الاكتفاء بكل ما دل عليه من الالفاظ كقبلت ورضيت
ونحوهما وفي الاكتفاء بالقبول الفعلي وجهان صرح في التذكرة بكفايته وتبعه في
الدروس قال والاقوى الاكتفاء بالقبض لانه يرجع الى الاذن في التصرف ولا يخفى ما
في هذا التعليل اذ ليس البحث في اباحة التصرف حتى يكتفى بالايجاب والقبض في حصول
الملك والانتقال وحصوله بالقبول الفعلي محل اشكال مع ان الاذن المستفاد من طرف
الايجاب انما هي بطريق الملك فاذا فرض انتفاؤه لانتفاء القبول المعتبر شرعا فلا اذن
لانتفاء المقيد بانتفاء قيده فلو علل الاكتفاء بالقبول الفعلي بان القرض من العقود
الجائزة سيما من جانب المقرض ومن شانها المسامحة في صيغها او بان ذلك يكون
معاطاة القرض لا من عقده لكان اولى قوله ولا يجوز اشتراط النفع اشتراط المقرض

ما يجر

ما يجر منفعة اليه في القرض محرم بالاجماع والنصوص نعم النبوي المشهور كل قرض يجر منفعة
فهو حرام وفي صحيح بن قيس لا ياخذ احد منكم ركوب دابة او عارية تشترط من اجل قرض ورقه وفي
صحيح بن جعفر فيمن اقرض مائة ليعطي خمسة او اقل او اكثر ذلك الربا المحض وغير ذلك مما
ستقف على طرف منه وما ورد في جملة من النصوص من ان خير القرض ما جر نفعا فمحمول عند
الاصحاب على تجرده عن الشرط جمعا بينها اذ لا خلاف في جواز اعطاء الزائد وقبوله من غير
كراهية ان لم يكن ذلك من نية المقرض ولولا ما سمعته من الاجماع والنصوص على تحريم الاشتراط لامكن
القول بان الشرط في القرض كالوعد لا يجب الوفاء به لكونه من العقود الجائزة فكما لا يحرم القرض لو
يعقد بوعد الزيادة فكذا في اشتراطها الا ان الكلمة متفقة على تحريم القرض بشرط الزيادة
فيه بل هو ضروري لكونه ربا من جانب المقرض وتسميته جائزا من المجاز فيكون المعتبر
في مشروعية القرض تجرده عن اشتراط النفع العائد الى المقرض مطلقا زيادة كان في مال
المقرض او لم يكن كما لو اشترط على المقرض ان يقرضه شيئا او اشترط عليه ان يبيعه
محاباة او ان يهبه شيئا او يجعل رهنا على دين اخر لصدق المنفعة والانتفاع في ذلك
ونحوه خلافا لما يظهر من القواعد وجامع المقاصد من جواز هذه الشروط معللا
في الاخير بان الممنوع منه ما كان من الزيادة في نفس المال المقرض لا مطلق الزيادة وهو
في محل المنع فان المفهوم من النص والفتوى ان المدار في التحريم في القرض على صدق
حصول المنفعة المترتبة على القرض سواء كانت زيادة في نفس المال المقرض لاندراج
الجميع في عموم كل قرض يجر منفعة وليس الحال فيه كالبيع المترتب تحريمه على صدق الزيادة
في احد العوضين ولعل ما علل به في جامع المقاصد نشأ من تخيل اتحاد مسئلتي
القرض والبيع وليس كذلك لاختلاف المسئلتين موضوعا واحكاما ولذا سمي المحرم
في القرض نفعا وفي البيع ربا وزيادة واختص التحريم في البيع بالمقدرات الربوية

وعمّ في القرض جميع المقرضات ربوية كانت او غيرها وجاز في البيع المعاوضة مع زيادة
الوصف ذاتا او بالتقدير كبيع المكسر بالصحيح وامتنع ذلك في القرض وحيثما كان
الاعتبار هنا بصدق حصول المنفعة والانتفاع فلا يحرم اشتراط اشهاد او كفيل او رهن
على القرض فلا يعد مثله منفعة بل احكاما للمال وتاكيدا لما اقتضاه عقد القرض من رد
العوض بخلاف اشتراط الرهن على دين اخر له فانه انتفاع حصل بسبب القرض وكذا لا يحرم
اشتراط التسليم في غير بلد العقد كما قضت به النصوص المعتبرة وليس ذلك استثناء كما
توهم بل لعدم عده منفعة عرفا وان تعلق غرض لخصوص المشترط بما شرط ولذا لا يبعد اشتراط
البيع بثمن المثل منفعة وان كان للمشترط فيه حاجة شديدة وكذا لا يحرم الشرط لو لم تعد منفعة
الى المقرض بل الى المقترض او غيره كما لو شرط المقرض المكسرة عوض الصحاح والردية عوض
الجيدة لعدم اندراجه فيما اشرنا اليه من العموم اما لو شرط المقترض ذلك عليه فلا يبعد المنع
وكذا لو شرط على المقرض ان يهبه شيئا اخر او ان يستقرض منه شيئا فانه عليه الا ان
تعلق له غرض بالاقراض لخوف ظالم او غرق او نحو ذلك بخلاف ما لو اشترط عليه ان يقرضه
فانه منفعة غالبية اما لو شرط عليه ان يقرض اخر ففيه وجهان اقربهما الجواز تنبيهات
الاول لا فرق بين عقد القرض ومعاطاته في تحريم اشتراط النفع وان قلنا بان المعاطاة
اباحة للتصرف المفيدة لملك العوض بعده فهو كعقد القرض بناء على عدم الملك فيه
الا بعد التصرف وان اختلفا في الكشف وعدمه ولصدق القرض على معاطاته عرفا والمعلومية
غلبة المعاطاة في القروض السالفة كما في هذه الاعصار فتكون متناولة لما دل على تحريم
النفع فيه من النصوص والاطراد حكمة المنع فيها من حيث ان مشروعية القرض لكونه معروفا
وارفاقا بحال المقترض فينافيه اشتراط النفع وهذا المعنى متحقق في كل من المعاطاة والعقد
الثاني لو اشترط المقرض النفع قبل العقد فان غفل عنه حين العقد او لم يعلم حاله حكم بصحة

العقد

العقد والغاء الشرط اذ لا عبرة بالشروط السابقة عليه واللاحقة اما لو كان متحفظا الى
حين العقد قاصدا به التمليك على هذا النحو الفاسد وعلى المستقرض بذلك فانه يقوى
الفساد لتقييد اطلاقه بالقصد والعقود تابعة للمقصود والابنا في ذلك قاعدة انما يحلل
الكلام ويحرم الكلام لان المحرم هنا هو العقد الدال على ارادة التمليك بالنفع ولو بواسطة
القرينة الدالة عليه وقد يجري هذا الكلام في جميع الشرائط الالتزامية وان كانت صحيحة فيلزم
الوفاء بها فيكون منويها كالملفوظ لكن الاقوى عدم الالتزام بما كان صحيحا الا بالشرط لعدم معلومية
الالتزام شرعا بدونه اما الشروط المفسدة للعقد اذا بني عليها قصدا فلوقوعه على الوجه الفاسد
شرعا ولان المراد من العوض المشترط في القرض ما اتفقا عليه من الزائد والعبرة بما اتفقا
عليه قصدا لا بما اقتضاه اطلاق العقد مع قصدهما خلافه فتدبر الثالث لو تبرع المقترض باعطاء
الاكثر او الاجود جاز للمقرض قبوله بلا خلاف بل في التذكرة الاجماع للنصوص الناطقة بانه لا
باس بذلك ما لم يشترط كصحيح الحلبي وصحيح عبد الرحمن وموثق اسحق بن عمار وغيرها من الاخبار
بل في جملة منها ما يدل على رجحان اعطاء الزائد وعدم كراهة قبوله كالنصوص المتضمنة ان
خير القرض ما جر نفعا المنزلة عند الاصحاب على غير صورة الشرط وكالمروي عن النبي ص انه
اقترض بكرا فرد بازلا وقال خير الناس احسنهم قضاء والمروي في صحيح الحجاج عن الصادق ع
ان اباه ع كان يامره بدفع الدراهم الجلال عوض الدراهم المغشوشة وكان يقول يا بني هذا
هو الفضل فاعطه اياها ونحو ذلك من الاخبار وبه جزم الشارح الفاضل في المسالك
لكن ورد في جملة منها ما يدل على مرجوحية اخذ الزائد للمقرض مطلقا كقول العبد الصالح
في موثق اسحق بن عمار وما احب له ان يفعل في صحيح معوية بن شعيب ان كان انما يعطيه من اجل
ان يصيب عليه فلا يصلح وحمله على ما اذا كان ذلك النفع نيتهما او لم يشترطاه لفظا بناء فيه
خبر ابي الربيع المنافي للتاكيد وان علم المستقرض والقارض انه انما اقرضه ليعطيه الاجود والاولى

في الجمع بين النصوص حمل نفي البأس على اصل الجواز وما افاد الرجحان على اعطاء المستقرض وان كره للمقرض القبول والاخذ كما هو مورد روايات الجواز والمنع المؤيدة بالشواهد العقلية والنقلية من كون القرض معروفا فلا ينبغي اشابته بما ينافيه ويشبه الربا ولذا ورد استحباب ان يحتسب ما اهدى به المستقرض اليه من الدين وورد ما يدل على تقييد قبول الصلة من المستقرض بما اذا كان من عادته ان يصله قبل القرض وان كان ذلك منزلا على الاستحباب ايضا الرابع لو دفع المتبرع الزائد وفاء فان كانت الزيادة حكمية كالجودة والكثرة فالجميع وفاء من غير اشكال وان كانت عينية كاثني عشر عوض العشرة ففي كون المجموع وفاء او ما عدا الزائد فتكون الزيادة هبة مستقلة وجهان رجح في المسالك الثاني ولعله اولى وعليه فللمستقرض الرجوع بالزيادة على بعض الوجوه والبقدح عدم تميز المتبرع عن الوفاء فانه كالمستقل اليه بعقدين حتى تلف شيء منه بعد الرجوع او قبله من التالف على الاشاعة ويشكل القول بكون المجموع وفاء حيث يكون ربويا باستلزامه الربا بناء على دخوله في جميع المعاوضات والظاهر انه لا اشكال في عدم وجوب قبول الزائد قدرا او في وجوب قبول الزائد وصفا كالجودة وجهان اقواهما الوجوب مع احتمال العدم لما في الزيادة من المنة ممنوع لكون الزيادة وصفية فالمدفوع من افراد ما في الذمة وان كان اجودها وربما اضطر المستقرض الى دفعه لعدم تيسر غيره فيكون الامتناع من اخذه محض سفه وعنادا كما بيناه في السلف **قوله** فلا يفيد الملك اي يبطل القرض باشتراط النفع فيه فلا يفيد ملكا ولا جوازا كسائر العقود الفاسدة بلا خلاف اجده في بطلانه بل في الحج والمسالك الاجماع عليه لانه المفهوم من النبوي المتقدم ومن قوله عم في صحيح بن جعفر هذا الربا المحض لاقتضائه انه معاملة ربوية فاسدة وقوله عم في صحيح بن قيس ورقا فلا يشترط الا مثلها الظهوره في شرطية اشتراط المثل وما نعية الزيادة من صحته لظهور ذلك من سائر النواهي المتعلقة باشتراط الزيادة فان المفهوم منها مانعية

الشرط

الشرط من صحة العقد المشروط فيه كما في نظائره من المعاملات والعبادات لا مجرد تحريم الزيادة خاصة فاعن الحدائق في نصر المنع والبطلان على نفس اشتراط الزائد متعقبا خلو نصوصنا مما يفيد فساد القرض فيبقى فساده على الخلاف السابق في بطلان المشروط لفساد الشرط وعدم غير متجه كما لا وجه كما يحكى عن ابن حمزة بفساد العقد وان المقبوض به امانة لا تضمن لمخالفته الاصالة الضمان ولقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده **قوله** حتى لو شرط الصحاح عوض المكسرة خلافا لابي الصلاح الحلبي اي لا فرق في تحريم القرض وفساد اشتراط الزيادة العينية فيه والحكمية الوصفية ولو اشترط الدراهم الصحاح عوض المكسرة فيه لم يصح وهذا هو المعروف بين الاصحاب حتى كاد يكون اجماعا بل في المختلف على انه لو اقرض شيئا بشرط ان يرد خيرا مما اقرض كان حراما وبطل القرض قال وصورة النزاع بعني اشتراط الزيادة الوصفية مندرجة تحت هذا الكلام وخالف في ذلك الشيخ في يه وابن البراج وبن حمزة وابي الصلاح فذهبوا الى جواز ان يشترط عوض الغلة صحاحا وزاد الاخير وعوض المصوغ من الذهب عينا ومن الفضة ورقا وعوض نقد مخصوص من خالص الذهب والفضة والعين من نقد غيره ويفهم منه التعدية الى كل زيادة وصفية لا الاقتصار على خصوص الصحاح عوض الغلة ومال اليه المقدس الاردبيلي تمسكا بالاصل واطلاق الادلة وعموم خبر القرض ما جر نفعا وعدم ظهور تناول الربا للمثل وهو غريب لانقطاع الاصل وتقييد الاطلاقات والعمومات بكل ما دل على تحريم اشتراط المنفعة في القرض من رواية او اجماع لشمولها لكل من زيادتي العينية والوصفية وبما ورد في صحيح بن قيس من قوله عم من اقرض دراهم فلا يشترط الا مثلها الظهوره في المنع من غير المماثل مط ودعوى عدم ظهور تناول الربا للمثل ان اراد الربا الممنوع منه في البيع فمسلم اذ لا عبرة بتساوي الاوصاف فيصح بيع الجيد بالردي والمكسور بالصحيح من غير اشكال اذ لا يعتبر في بيع الربويات اتحاد الجنس سوى المماثلة في القدر والحلول وان اراد الربا

الممنوع منه في القرض فممنوع اذ المعتبر في تحققه سوى اشتراط المنفعة وهو متحقق بالقرض نعم
يمكن ان يدعى جواز ذلك في خصوص الدراهم واشتراط الصحاح فيها عوض المكسرة والخارجية
بدل الغلة كما هو مورد فتيا الشيخ والجماعة لصحيح يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام في الرجل
يقرض الدراهم الغلة ويأخذ منه الدراهم الطازجية طيبة بها نفسه قال لا بأس وذكر ذلك
عن علي عليه السلام لكنه اذ دلالته فيه على الاشتراط بل قيل انه ظاهر في عدمه والاشكال فيه واضح وعلى فرض
عمومه معارض بعموم ما دل على اشتراط النفع مطلقا وان كان بينهما العموم من وجه الا ان
الرجحان لعموم المنع لما عرفت من اعتضاده بالعواضد المتكثرة قوله وانما يصح اقراض الكامل
لا اختصاص لهذا الشرط بالعقد بل هو شرط في جميع المعاوضات فيعتبر في كل من المقرض والمقترض
الكمال بالبلوغ والعقل والرشد والاختيار وجواز التصرف برفع الحجر عنهما في التصرف المالي
وما توهم العبارة من اختصاص هذا الشرط بالمقرض غير مراد لكونه شرطا في المتعاقدين معا
فتكون الاضافة الى الكامل من اضافة المصدر الى الفاعل والقابل قوله وكلما يتساوى اجزاؤه
في القيمة يثبت في الذمة مثله وما لا يتساوى اجزاؤه يثبت قيمته يوم القبض يستفاد منه جواز
اقراض كل مثلي وقيمي والثابت في المثلي مثله في الذمة والثابت في القيمي قيمته واما جواز
اقراض المثلي فما لا خلاف فيه بل في التذكرة والدروس الاجماع عليه وظاهرهم انه لا
يعتبر في صحة اقراضه سوى العلم به بالمشاهدة وان كان تقديره ان كان من المقدرات لتعلقه
الوفاء بدون معرفة قدره ووصفه واحتمل الجواز اقراضه مطلقا الى ان القرض نوع من الضمانات
ولذا وجب في عوضه مراعاة المثل والقيمة والجهالة مغتفرة فيها وامكان الوفاء متيسر باحتياط
واعتباره بعد العقد والقبض فلا يصلح للتعليل به لاشتراط التقييد من قبل العقد بعيد
جدا فان القرض عقد من عقود المعاوضات وان كان له شبه بالضمانات ولذا لا يجب رد
العين مع المطالبة بالوفاء والنهي عن الغرر متناول لجميع المعاوضات عدا ما استثني والجهالة

منافية

منافية لما شرعت له العقود من الخصومة وتنازع المتعاقدين والاعتماد في دفع ذلك على الصلح
اعتماد في صحة معاملة على تجديد معاملة اخرى ومنه يعلم انه لا بد من اعتباره بالكيل والوزن فلا عبرة
بالمعتاد من الكيل والوزن فلا عبرة بالمكيال المجهول والصنجة المجهولة كما صرح به وان امكن اعتبار العوض
بهما عند المطالبة لغلبة التلف وعدم احراز ذلك المجهول فلا يمكن الاعتماد في الوفاء عليه بل هو نظير
ما مر في السلم من انه لا يجوز ان يسلم في ثوب يعتمد في وصفه على التشبيه بخرقة معينة واما اقراض
القيمي فالمعروف جوازه بل لا خلاف في الجواز في الجملة الا ما حكاه في التحرير عن قول الشيخ بالمنع منه مع انه
لم يحكه في المخ ولا في غيره ولعله اراد قول الشيخ بالمنع من كل ما لا ينضبط بالتوصيف وهو الذي
لا يصح السلم فيه كالجلود والجواهر والقسي واللحوم وهو ظاهر جماعة منهم ابن زهرة في الغنية
وكلما لا يجوز السلم فيه لا يجوز اقراضه والمحقق في الشرائع حيث قال ما يصح اقراضه كلما ينضبط وصفه
وقدره فان مقتضاه ان ما لا يجوز السلم وما لا ينضبط وصفه وقدره لا يجوز اقراضه لكن المحكي
عن الحلي وجماعة ولعله ظاهر الاكثر جواز اقراض القيمي مطلقا ويظهر من الدروس التوقف لنقل
القولين من غير ترجيح وربما كان ظاهر من اوجب رد المثل الصوري في اقراض القيمي التفصيل
بين ما له مثل صوري فيجوز اقراضه وما لا مثل له فلا يجوز والاقوى عدم الفرق بين افراد القيمي في
الجواز عملا بالاصل واطلاقات القرض وتحقق المعلومية بالمشاهدة وان الثابت في الذمة
هو القيمة فلا حاجة الى مراعاة انضباطه بالاوصاف والحمل على السلم قياس مع الفارق حيث ان
المسلم فيه غير مشاهد فاحتيج الى ضبطه بالتوصيف لقيام الضبط بالاوصاف مقام المشاهدة
واما المال المقترض فان معلوميته متحققة بالمشاهدة وقيمته ثابتة في الذمة حتى انه المعتبر
العام لصاحب العقد كما صرح به في المسالك ناسبا ذلك الى الحلي وكلام الصحاح فلا
احتياج الى توصيفه ولا الى مراعاة كونه مما ينضبط بالاوصاف نعم يمكن ان يكون للانضباط
بالوصف مدخل في اقراض المثلي حيث ان اللازم رد المثل وصفا وقدرا فاذا فرض تعذر

انضباطها بتعذر الوفاء وربما كان القول باشتراط ذلك في القيمي مبنيا على وجوب رد
مثله الصوري والحق خلافه كما ستعلم مع ان في استلزام ذلك الاعتبار كونه مما ينضبط وصفا
محل نظر ومنع واما ان الواجب المثلي وهو على ما فسره المص وجماعة ما تساوت اجزاؤه قيمة ومنفعة
وتقاربت صفاته هو رد المثل مما لا خلاف فيه نصا وفتوى لكونه المفهوم من القرض الذي هو نوع من الضمان
بل لو شرط رد القيمة مع امكان المثلي لم يخل عن اشكال وان كان الاقرب الجواز ولو تعذر المثل وجب
دفع القيمة مع المطالبة وفي اعتبار القيمة يوم القرض لعلم الشارع بالتعذر حين الوفاء او يوم التعذر لسقوط
الخطاب بالمثل او حين المطالبة لوجوب الدفع عليه في تلك الحال او حين الدفع لعدم سقوط المثلي عن الذمة
وعدم تشخص المدفوع الا بالدفع وقبضه وجوه اقربها الاخير ولعل من اطلق اعتبارها حين
المطالبة اراد الدفع لتقاربهما غالبا ويظهر مما ذكرناه انه لو دفع المستقرض من القيمة من
غير مطالبة القرض او مع مطالبته لم يجب عليه قبولها بل له الصبر والتاخير الى حين التمكن
من المثل سيما لو كان له امر ينتظر ويحتمل وجوب القبول دفعا للضرر بشغل الذمة وقد مر
نظيره في السلف فليلحظ واما ان الواجب في اقراض القيمي قيمته مط فهو المشهور من كل وجه
لاختلاف افراده من الصفات لتعذر المماثل فيها من كل وجه فلا قدر جامع سوى القيمة واحتمل في
التذكرة وجوب دفع المماثل صورة واليه مال المحقق في الشرائع لكونه اقرب الى الحقيقة
المتعذرة ولما روي عن النبي ص انه امر بدفع قصعة امراة كسرت قصعة امرأة اخرى وامر عائشة
بضمان مثل اناء قصعته وطعام بما كسرته وانه استقرض بكرا ورد بازلا واستقرض بكرا
وامر برد مثله وضعف الجميع ظاهر فان القرب الى الحقيقة مع تفاوت الصفات واختلاف
القيمة بتفاوتها اختلافا لا اثر في الوفاء بل القيمة اقرب الى طلب الفراغ واولى
واما النصوص المشار اليها فعامية مع انها حكاية حال غير عامة محتملة الاجمال ويمكن ان
يكون رد ذلك للتراضي بين المتعاقدين واشتماله على مزيد الاحسان كرد الباذل عوض

البكر

البكر فلا يفيد ان ذلك هو اللازم في الرد مط ولو قلنا ان الواجب رد المثل صورة فتعذر
فاللازم قيمته حين المطالبة والدفع والا فالقيمة يوم التسليم والقبض **قوله** ويملك
المقترض انما يملك القرض بالقبض فلا يملكه المقترض بمجرد العقد اجماعا ولا يتوقف
تملكه بعد القبض على التصرف كما هو المعروف بين الاصحاب بل عن السرائر نفي الخلاف عنه وفي
التذكرة نسبته الى العلماء مؤذنا بالاجماع المحكي عن بعضهم صريحا وفيه الحجة مضافا
الى اصالة عدم اشتراط العقد المقتضي للملك بازيد من القبض ودلالة النصوص
المتضمنة لوجوب الزكوة على المقترض عليه كصحيح زرارة المتضمن عن ابي جعفر ع في رجل دفع الى
رجل مالا اقتراضا على من زكوته على المقرض او المقترض قال بل زكوته ان كان موضوعا عنده
حولا في يده حولا على المقترض قلت فليس على المقرض زكوته قال لا يزكى المال من وجهين في عام
واحد وليس على الدافع شيء لانه ليس في يده شيء انما المال في يد الآخذ فمن كان المال في
يده كانت الزكوة عليه قلت افيزكي مال غيره من ماله قال انه ماله ما دام في يده وليس ذلك
المال لاحد غيره ثم قال ع يا زرارة ارأيت وضيعة ذلك المال وربحه لمن هو
وعلى من هو قلت للمقترض قال فله الفضل وعليه النقصان وله ان ينكح ويلبس منه ويأكل
منه ولا ينبغي له ان يزكيه فانه عليه جميعا وغير ذلك من الاخبار المؤيدة بما ورد فيمن
استودع مالا فضاع فادعى المالك انه قرض وادعى الودعي وديعة فقال ع المال
لازم له الا ان يقيم بينة انه وديعة ويعضدها ايضا ان اللازم من توقف الملك على
التصرف هنا عدم الفرق بين عقد القرض ومعاطاته وان التصرف فرع الملك وموقوف
عليه فلو توقف الملك على التصرف لدار وان اللازم منع المقترض من التصرفات الموقوفة على
سبق الملك والوطء ونحوهما وان امكن المناقشة في هذه اللوازم اما عدم الفرق
بين العقد والمعاطاة فيما سبق بان الفارق بينهما بان التصرف في المعاطاة ناقل وفي

العقد كاشف عن سبق الملك كما ستعلم واما الدور فيمكن توقف التصرف على الملك لا الاكتفاء
في جوازه بالاذن من المالك لا يقال ان الاذن الحاصلة في ضمن العقد مشروطة لحصول مضمونه
وهو التمليك فاذا لم يكن العقد مملكا فلا اذن ولذا لم يجز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد لان
متجرحت يكون العقد مملكا فاذا لم يفد الملك التمليك لفساده فلا اذن في التصرف لانتفاء المقيد
بانتفاء قيده اما لو كان التمليك موقوفا على التصرف كما هو الغرض فان العقد والتقبيض
جزء سبب مملك على التقدير فلا يعقل اشتراط الاذن الضمنية فيه لحصول التمليك به بل يستغنى
الاذن بالتصرف فيه وتملكه من ايجابه وتقبيضه للتملك المعلوم من المتعاقدين عدم حصوله
بدون التصرف كما لا يخفى واما لزوم المنع من التصرفات المترتبة على الملك ففيه انه لو تم
دليل القول بالتصرف لامكن الجمع من التزام تقدير الملك وسبقه على التصرفات المذكورة
على نحو ما سلف في معاطاة البيع لكن الادلة على عدم حصول الملك بالعقد والقبض
من الاصل والاجماع والاخبار والاعتبار ظاهرة لا التاطير فيها فيما عن بعضهم من القول بعدم
الملك الا بعد التصرف مما اشتهر في ضعفه لشذوذه وعدم معروفية قائله وان نسب في التنقيح
الى الشيخ فان المحكي في سر عن الشيخ خلافه نعم حكاه في التذكرة عن احد قولي الشافعي
مدعيا ان التصرف يكون كاشفا عن ثبوت الملك قبله قال في التذكرة وهذا يدل
على ان الملك لم يحصل بالتصرف بل لسبب اخر قبله وصرح في سر ايضا بان معنى الملك بالتصرف
كشفه عن سبق الملك لكنه لا يلايم ما يملك هذا القول من ان القرض ليس عقدا محققا
ولذا اعتبر فيه ما يعتبر في الصرف بل هو اباحة اتلاف مال مضمون فان مقتضاه خروج القرض
عن العقود والحاقه بالمعاطاة والاباحات المشروطة فيها العوض والقول به متجه على هذا
التقدير لكنه خلاف التحقيق المبتنى من انه عقد من العقود وان دخلته المعاطاة ايضا فان اريد
توقف الملك على التصرف في معاطاته فمسلم لكنه ناقل لا كاشف وان اريد ذلك في عقده

فتعليله

فتعليله بما ذكر غير متجه ودعوى كشفه عن سبق الملك غير مسموعة سواء اريد كشفه عن تحقق
ثبوت الملك بالعقد والقبض كما هو ظاهره او كشفه عن دخوله في ملكه قبل التصرف بزمان
يسير لكونه تحكما من غير دليل ويتفرع على القولين انه على القول بالتصرف للمقرض قبله الرجوع
بالعين وعليه نفقتها ولا يحكم بقبضها لو كانت ممن ينفق على المقرض فهو الا بالتصرف
والحل وطؤها لانتفاء الملك والعقد ويحتمل الاباحة كما في المعاطاة وللمقرض نماؤها
حتى يتصرف ان لم يكن التصرف كاشفا عن ثبوت الملك بالعقد والا فهو للمقترض على القولين
والمراد من التصرف على ما يستفاد من تعليل القول به التلف وما يحكمه كالناقل عن الملك
واحتمل في التذكرة وجوها ثلثة كل تصرف يزيل الملك وكل تصرف يتوقف على الملك و
كل تصرف يتعلق بالرقبة واستظهر الاول واحتمال الاكتفاء بكل تصرف بعيد الا المقبض
باليد وعاد النزاع لفظيا ويقوى الاكتفاء بما مر في معاطاة البيع من التصرف الموجب لترتب ضرر
المالك لو رد عليه العين قوله وجب قلنا بملكه فله رد مثله وان كره المقرض اي للمقرض
رد المثل ولا يلزمه اجابة المقرض لو طلب العين حيث يملكها المقترض سواء قلنا بدخولها
في ملكه بالقبض او بالتصرف وهذا هو المشهور بين الاصحاب خلافا للمحكي عن الشيخ في ف
فاوجب رد العين وطلب بقرضها فان اراد الوجوب قبل دخولها في ملك المقترض
كما لو قبضها وقلنا بتوقف ملكه على التصرف فلا اشكال والا فالاقوى صحولها
الاول عملا باصالة عدم خروج الملك عن صاحبه الا برضاه واستصحابا لبقاء الملك
الى ان يثبت المزيل ولا مزيل سوى ما علل به قول الشيخ من ان القرض عقد لا يزيد على
الهبة والاجماع على انه من العقود الجائزة من شانها الفسخ والرجوع بالعين
المنتقلة عن المالك وان المثل والقيمة انما وجبا بدلا عن العين لتعذرها غالبا بخروجها
عن يد المقترض وانه اذا استحق المطالبة بالمثل او القيمة فبالعين بطريق اولى و

ضعف الجمع ظ اعدا ما ادعى من الاجماع على ان العقد جائز فانه مما قد طفحت به عباراتهم
ويؤكده ما مر من المسامحة في صيغته وما ذكروه من عدم الالتزام بما التزم به المقرض
نفسه من الشرائط وجعلها بمنزلة الوعد الا ان دعوى الاجماع على جوازه بالمعنى
المذكور مع مصيره من عدة الشيخ الى خلافه من القول بعدم لزوم رد العين مع المطالبة بما
لا يجتمعان وتنزيل فتاوى المشهور على صورة اختيار عدم الفسخ يوجب عدم تعقل خلاف
الشيخ على هذا التقدير او حمله على ما اذا فسخ المقرض فيعود النزاع لفظيا مع انه لا فائدة
في الخلاف على ما ذكر من التنزيل من حيث امكان الفسخ الذي لا يبعد تحققه ايضا بمجرد
المطالبة فلا مناص عن الجمع بين الحكمين باحد امور احدها ان القرض لازم من جانب
المقرض جائز من جانب المقترض كما صرح به في التحرير فيكون اطلاق الجواز عليه تغليبا
لكنه لا يلائم ما اشرنا اليه من المسامحة في الصيغ والشروط كما لا يلائم ما سمعته في دعوى
الجواز من جانب المقرض بمعناه المعروف ثانيها ان المراد من جوازه ان لكل منهما فسخ المقصد
المهم من القرض وهو انظار المقترض حتى يقضو وطره من العين فان القرض مبني على ذلك
عرفا كما علم من تعريف المص في شرح ولذا ذهب بعض المخالفين الى وجوب ذلك وح فيكون
غرض الاصحاب من حكمهم بجواز عقد القرض الرد على ما توهمه المخالف واثبات المطالبة
في الحال وهو كما ترى مع بعده في نفسه يقتضي تنزيل الاجماع والفتاوى على افادة
جواز رفع حكم عرفي قضت به المسامحة من المتعاقدين وهو ليس من الوظائف الفقهية
ثالثها ما اشار اليه الفاضل الشارح في المسالك من ان معنى جوازه تسلط المقرض
على اخذ البدل متى شاء ومراده ان عقد القرض يقتضي تمليك العين المقروضة الا
انه ليس على جهة المعاوضة كالبيع ونحوه بل تبرع على جهة الضمان كالمعاطاة والاباحة
بالعوض فحق المقرض بالقرض ينحصر بما يسببه عقد القرض من ضمان المثل والقيمة واما

العين فهي ملك المقترض والاصل في الملك اللزوم وح فمما يترتب على القرض وما تسبب عنه
يوم شغل ذمة المقترض بلزوم المقرض ولا المقترض بقائه في الذمة بل للمقترض دفعه وتفريغ
ذمته من غير مطالبة وللمقرض المطالبة به وقبضه وهذا معنى جوازه وهو وان كان لا يخلو عن
مسامحة في اطلاق الجواز الا انه اقرب مما تقدمه من الوجوه والاباء المسامحة في عقده و
لزومه بالنظر الى ملك العين لكون التمليك به كالتبرع بالهبة وان لم يكن محضا فتسامح
في صيغ عقده وشروطه التي يلتزمها المقترض على نفسه فانما لا يلزم لعدم صدق القرض
او الهبة على مثلها ولا اندراج في عوض والمعوض فهي بمنزلة الوعد ويستفاد من هذا التوجيه
لزوم العقد بالنظر الى ملك المقترض للعين ايضا مثلية كانت او قيمية فليس له فسخ العقد وردها
عملا باصالة اللزوم الا انه لو رد المثلية من غير فسخ وجب على المقرض القبول لكونها من افراد
المثلي المملوك للمقترض وهو مخير في الوفاء بما شاء ولذا جزم الاصحاب هنا بقبول المثلية لو
ردها المقترض مطلقا زادت قيمتها او نقصت اما القيمية ففي التذكرة والقواعد التردد
في صحة قبولها من حيث ان الواجب في الذمة بعقد القرض هو القيمة فلا يلزمه قبول
العين ومن ان القيمة انما هو لتعذر المثل غالبا وقد وجد وان المبدل اولى من البدل
في وجوب القبول وان مشروعية القيمة للارفاق بحال المستقرض فاذا بذل العين وجب
قبولها وضعف هذا الامر ظاهر فلذا جزم بعض المتاخرين باللزوم وعدم وجوب القبول
لكن في الدروس ان الاصح وجوب القبول وان الشيخ نقل الاجماع عليه قلت وهو
ظاهر موضع من التذكرة فانه قال ولو رد المستقرض العين التي اقترضها وجب على المقرض
لا محالة ولعله اراد المثلية جمعا بينه وبين ما حكيناه عنه في القيمة المتعذر فان القيمي
ولعل اجماع الشيخ منزل على ذلك او على ان الواجب في القيمي المثل وانما ينتقل الى القيمة
للتعذر فان القيمي على هذا التقدير كالمثلي في وجوب القبول لكن الاصح في ان الواجب في

القبض ابتداء انما هو القيمة وعليه فالمتجه عدم وجوب قبول العين مطلقا الا ان يتم ما ادعى من الاجماع
على وجوب القبول واني به واما التعاليل المشار اليها فعليلة وما احتمله في [illegible] من وجوب قبولها
ان لم تنقص قيمتها فبعيد ايضا الا ان يكون نقصانا للعيب في العين او للتصرف فيترتب به ضرر على
المقرض فانه لا يلزم بالقبول **قوله** ولا يلزم اشتراط الاجل فيه قد جزم الاصحاب باشتراط سقوط
الاجل في القرض وهو عدم التزام المقرض به بل ظاهر جملة من العبارات انه من الاجماعيات معللين
ذلك بكون القرض من العقود الجائزة التي لا يلزم فيها الشرط بل يكون بمنزلة الوعد لكن الفاضل
الشارح في المسالك احتمل اللزوم بناء على ما عرفت من انه عقد لازم بالنظر الى تمليك العين
لا يتعلق به الفسخ وتسميته جائزا في المجاز اما باعتبار استحقاق الرجوع بالعوض ورده في
جميع الاوقات او باعتبار فسخ التاخير والامهال الذي انعقد عليه عرفا فان جواز العقد بهذا
المعنى لا يكون مقتضيا لعدم لزوم الاشتراط والمنافي لزومه الا جواز العقد بمعنى المعروف
وهو التمكن من فسخ اصل العقد فلذا جزم جمع من متاخري المتاخرين كالمحدث الكاشاني
وغيره بلزوم اشتراط الاجل هنا عملا بعموم الوفاء بالعقود والشروط مع تاييده بما دل
على مشروعية التاجيل في القرض من كتاب وسنة نحو قوله تعالى اذا تداينتم بدين الى اجل
فاكتبوه والمروي عن ثواب الاعمال من اقرض قرضا وضرب له اجلا ولم يوف به عند ذلك الاجل
كان له من الثواب صدقة دينار واحد في كل يوم يتاخر ونحوه المروي عن الفقه الرضوي و
المضمر في رجل اقرض رجلا دراهم الى اجل مسمى ثم مات المستقرض ايحل مال القارض بعد
موت المستقرض ام منه ام لورثته من الاجل ما للمستقرض في حياته فقال اذا مات فقد حل
القرض لكن الاقرب ما عليه الاصحاب من عدم لزوم هذا الشرط كغيره من الشرائط التي يلتزمها
المقرض وان كان عقد القرض لازما بالمعنى المذكور الا انه عند التحقيق ليس من المعاوضات بل
من التبرعات المضمونة فلا يدخل الشرط في عوض والمعوض بل يكون اشتراطه على نفسه تبرعا ايضا

كاصل

كاصل القرض وكما لا يلزمه الاقراض فكذا الاشتراط فلو شرط التاجيل كان تطوعا من جهته ووعدا
فلا يلزم الوفاء به وكذا الحال في غير التاجيل في سائر الشرائط التي يلتزمها المقرض كما لو
شرط على نفسه في اقراضه ان يبيعه شيئا او يقرضه شيئا اخر فان شاء فعل وان شاء لم يفعل
مضافا الى ان الاصل براءة ذمة المقرض من وجوب الوفاء بما شرط لكونه محسنا فلا يقابل
احسانا بالضد وما على المحسنين من سبيل الا انه لا دليل يعتد به على الالتزام في المقام سوى
عموم الوفاء بالشرط واما الاية والنصوص المشار اليها ما عدا المضمر فموردها الدين وهو
غير القرض ولا مانع من تاجيله وبعد تسليم شموله للقرض فغايتها افادة المشروعية وجواز
التاجيل وهو مما لا نزاع فيه وانما الكلام في التزامه نعم في المضمر اشعار بالالتزام لكنه لاضماره و
امكان حمله على ما اذا كان اشتراط التاجيل في ضمن عقد لازم غير صالح للاعتماد عليه في مخالفة
الاصل كما لا يصلح الاعتماد عليه ايضا على عموم الوفاء بالشرط من حيث معارضته لعموم ما دل على حلول
الحق في القرض وجواز المطالبة به متى شاء وان كان التعارض بين العمومين من وجه لا الرجحان
للثاني لاعتضاده بالشهرة التامة وظاهر الاجماع بل يظهر من التذكرة ان لا مخالف في
ذلك الا مالك ومع فرض التكافؤ وانتفاء المرجح فالمتعين الرجوع الى الاصل ايضا من حيث
ان العمل بالوفاء بالشرط مشروط باخذها في متن العقد اللازم والقرض كما عرفت ليس على حد العقود
اللازمة للمسامحة في صيغه ولتمكن المستقرض من رد العين على صاحبها حتى صرح في التحرير و
غيره بكونه جائزا من قبل المستقرض وظاهر العبارات كونه عقدا جائزا وان اولناه بما عرفت
وح فلا يعلم انه من العقود اللازمة التي هي شرط في وجوب العمل بالشروط المنضمة اليها و
الشك في تحقق الشرط شك في المشروط فلا مناص عن الرجوع في مثله الى الاصل ويؤيد
ذلك ما دل من النصوص على استحباب القرض ابتداء واستدامة فانه يتناول بعمومه ما اشتمل
منه على التاجيل وان التاجيل والامهال من مقتضيات عقد القرض عرفا فاذا كان العقد مع اقتضائه

ذلك غير ملزم للتأخير كان عدم الالتزام مع الشرط بطريق اولى كذا قيل وفيه نظر هذا ان لم يكن
التأجيل في القرض مشروطا في عقد لازم من بيع ونحوه والا فالمتجه لزومه لعموم الوفاء بالشروط
من غير معارض وان استشكل المصنف بناء منه على ان فائدة الشرط منحصرة بامكان الفسخ او انعقاد
العقد اللازم جائزا عند مخالفته وانه لا يجب الوفاء والا يلزم وقد سلف الكلام وذكرنا ان الحق
ترتب الفائدتين عليه قوله ويجب نية القضاء وعزله عند وفاته والايصاء به لو كان صاحبه غائبا
اما وجوب نية قضاء الدين والعزم على ادائه مطلقا في ابتداء القرض واستدامته عند الوفاة و
قبلها قادرا كان على الاداء او عاجزا حاضرا صاحبه او غائبا مما لا اشكال فيه ولا خلاف لكونه من
من احكام الايمان وان لم نقل بدلالة العزم على الفعل في الواجب الموسع والاتفاق عليه هنا
ظاهر او ورد فيه ما يستفاد منه الوجوب فيه بالخصوص كالنصوص الواردة في ان من استدان دينا
فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق وقوله عم في صحيح زرارة الاجناح عليه بعد ان يعلم الله منه نيته
الاداء وقوله عم في الخبر فان قصرت نيته عن الاداء قصرت معرفته بقدر ما قصر من نيته وقوله عم
احب الرجل عليه دين ينوي قضاءه اشعاره بعدم محبته من لا ينوي وبعض بل الابعد ان تعلم
نية الاداء في مبدأ القرض مفسدة له كما يستفاد من روايات السرقة لا سيما معتبرة ابي خديجة عن الصادق عم
قال ايما رجل اتى رجلا فاستقرض منه مالا وفي نيته ان لا يؤديه فذلك اللص العادي وان لم يتعرض
الاصحاب لذلك بالخصوص اعتمادا على معلومية ان العقود تابعة للنيات والقصود وان الجزء المملك
في القرض بالخصوص هو القبض المأذون فيه من المالك على وجه القرض والالتزام برد العوض فاذا لم يكن
من نية المقترض ذلك حين قبضه كان قبضا غير مأذون فيه من المالك فيكون غاصبا عاديا
وينسحب الكلام في كل منتقل عن مالكه بعوض في الذمة من بيع وغيره فانه لو اشتراه غير قاصد للشراء
فيكون الالتزام بعوضه في الذمة بل قصد الاحتيال في اخذ المبيع وتناوله من مالكه لم يكن له التصرف
في المبيع بل يكون غاصبا في نفس الامر وان ترتب عليه حكم البيع ظاهرا وكذا الحال في الامانات

فانه

فانه من كان بيده زكوة او صدقة فان قصد التعدي واستحلالها بيده كان غاصبا والا فامين كما
يتضمنه خبر عبد الرحمن الغفار عن الصادق عم في رجل مات وعليه دين قال ان كان اتى على يده من غير فساد
لم يؤاخذه الله اذا علم من نيته الاداء الا من كان لا يريد ان يؤدي امانته فهو بمنزلة السارق
وكذلك الزكوة ايضا وكذلك من استحل ان يذهب بمهور النساء وعلى هذا فالنصوص المشار
اليها منزلة على فساد القرض من اصله لعدم قصده فان نية عدم الاداء انما يكون لعدم القصد
فلو فرض قصده فلا يمنع من صحته انضمام نية عدم الاداء اذ ليس نيته الا اذا اشترط في صحة القرض
واذا لم يعده احد في جملة شروطه واحتمال تنزيل النصوص المذكورة في ارادة المبالغة في الاثم
وان صح القرض ليس من الحمل على ما ذكرناه كما لا يخفى واما وجوب عزله ان كان صاحبه غائبا
غيبة منقطعة عند حضور وفاة المديون فهو المشهور بل الظاهر المحكي عن الشيخ عند عدم اعتبار حضور الوارث
في وجوبه وانكره في السرائر قائلا انه غير واجب بغير خلاف بين المسلمين فضلا عن طائفتنا واعتذر
في المخ عن الشيخ بحمل الاطلاق على من حضرته الوفاة او بحمل العزل على استيفاء شيء من ماله بقدر الدين
لا يتصرف فيه بصدقة ونحوها والحمل الثاني بعيد لفظا قريب حكما واما الاول فظاهره انه مسلم
عند الجميع وفي جامع المقاصد ظاهرهم انه اجماعي فان تم الاجماع عليه فهو الحجة والا فلا دليل
عليه من النصوص وما عللوه به من الاعتبار من ان العزل اقرب الى تمييز الحق والعلم بتصرف
الورثة فيه ومطالبتهم بالوفاء غير صالح لتأسيس هذا الحكم نعم في المروي عن هشام بن سالم بان
خطاب الاعور سأل ابا ابراهيم عم عن اجير يستعمله ويبقى له من اجره شيء ولا يعرف له وارثا انه
يطلبه فان قدر عليه والا فهو كسبيل ماله حتى يجيء له طالب فان حدث به حدث اوصى به اشعار
بعزله بناء على ان ما بقي من الاجرة شيء في الذمة عند حضور الوفاة كما هو المدعى بل العلم
صريح في جعله كسبيل ماله انما هو عند غيبته وانقطاع خبره مطلقا كما هو فتوى الشيخ وقد
عرفت انه لا موافق له على الاطلاق وان الحكم بالوصية وجعله كسبيل ماله يقتضي تعيينه لكنه

في حيز المنع لجواز كون الاجرة معينة واعدم دلالة ما ذكر من الحكمين على تعيينه ايضا ولو سلم
فلا دلالة فيه على العزل وفي سقوط الضمان بالعزل بناء لو تلف من غير تفريط وجهان ملتفتان
الى ظهور العزل في انحصار الحق في المعزول والى استصحاب الشغل لاحتمال التعيين بوجوب
العزل ولعله الاظهر لسقوط وجوب الايصاء به عند الوفاة فالظاهر انه مما لا خلاف فيه كما عن الصيمري
بنفيه عنه لتضمن بعض النصوص الآتية الايصاء به والاخبار القاضية بوجوب الوصية بما له
وما عليه والظاهر عدم الفرق في وجوبها بين عزله وعدمه وقد ابدله في الدروس الوصية بالاشهاد
ولعله الانفع من الوصية فان المقصود منها الايصال لا مجرد الاعلام ولذا اعتبر جماعة منهم الفاضل
الشارح وثاقة الوصي في المقام وان جاز الايصاء الى غير الثقة في غيره قوله ولو جهله
ويئس منه تصدق به عنه الظاهر ان المراد من جهل المديون بصاحب الدين في العبارة ومماثلها
كعبارة المحقق في الشرائع والنافع والعلامة في التذكرة والقواعد عدم معرفته بموضعه و
حيوته وموته لغيبته المنقطعة فاذا يئس من رجوعه والظفر به كان تخيره التصدق بما في ذمته
كما هو المنسوب الى المشهور ولعل الشهرة على الجواز في الجملة لا على الوجوب كما يظهر من
العطلة ونظائرها ومع ذلك فلا دليل يعتد به على التصدق بمثله سوى ما يتخيل من مساواته
لمجهول المالك لاشتراكهما في عدم التمكن ايصاله الى صاحبه وما ارسله في السرائر حيث قال
وروى انه اذا لم يظفر له بوارث تصدق به عنه وفي المعتبر لعله انه روى صحيح معوية عن الصادق ع
في رجل كان له على رجل حق ففقده ولا يدري اين يطلبه ولا يدري أحي هو ام ميت ولا يعرف له وارثا
ولا نسبا ولا ولدا قال اطلب قال ان ذلك قد طال افتصدق به قال اطلبه قال وقد روي في
خبر هذا خبر آخر ان لم تجد له وارثا وعلم الله منك الجهد فتصدق به وهو كما ترى فان
مساواته لمجهول المالك في المعنى المذكور لا يقتضي دخوله في موضوعه اذ الفرض ان صاحب
الدين معروف في نفسه ولا الحاقه بحكمه فانه من القياس المحظور واما الاخبار المرسلة فهي مع

ضعفها

ضعفها بالارسال ومعارضتها بالصحاح نحو ما سمعته من صحيح معوية وغيره مما هو ظاهر وصريح
في عدم الاذن بالصدقة لا دلالة فيها الا على الصدقة به بعد جهل الوارث المستلزم ظاهرا
لكون الصدقة بعد العلم بموته وجهل الوارث وهو من موارد الصدقة من غير اشكال لدخوله
بذلك في مجهول المالك وهو خروج عن محل البحث ومنه يعرف ان ما يحكى عن الشيخ في نه
وجماعة من الحكم بالصدقة في موته وجهالة وارثه جار على القواعد الشرعية مؤيد بالمراسيل
المذكورة غير معارض بالصحاح المشار اليها لورودها في صورة بقاء صاحب الدين وعدم
العلم بموته واللازم في مثله استبقاؤه امانة والايصاء به عند الموت او دفعه الى الحاكم
لانه ولي الغائب واما الصدقة به فغير ثابتة وجوبا الا التالية الرائبة الجواز مع فرض عزل الدين
وتعينه لصاحبه اذ هو تصرف في مال الغير بغير اذنه ودعوى ان الصدقة به مع ضمان المال لو لم يرض
بالصدقة احسان محض غير مسموعة اذ لا يعارض بهذا الاعتبار حرمة التصرف في مال الغير بغير
اذنه فلذا تردد الفاضلان وجزم الحلي بعدمها واوجب دفعه الى الحاكم الا انه فرض البحث في
صورة ما حكيناه عن الشيخ في نه من فرض الموت وجهالة الوارث وقد اشرنا الى ان ذلك
موجب لتحتم الصدقة الا ان يدعى خروج هذا الفرد من مجهول المالك من غير حكم سائر
الافراد نظرا الى معروفية صاحب الدين في نفسه اولا فلم يتحقق الجهالة فيه من كل وجه كما في غيره
او يتمسك في خروجه بما اشرنا اليه من الصحاح الظاهرة في عدم الاذن بالصدقة حيث
ان اطلاق الامر بالطلب فيهما شامل لصورتي العلم بالموت وعدمه فالاحتياط في مثله ابقم
مع فرض العزل والانعزال ثبوت الصدقة به ودفعه الى الحاكم اما عدم عزله فلا مانع من
التبرع بالصدقة بمال المديون عن صاحب الدين فان رضي بذلك كان اسقاطا وابراء منه والله
العالم باحكامه قوله ولا يصح قسمة الدين المشترك بل الحاصل منه لهما والتاوي منهما المراد
من الدين المشترك ما تعلق لاثنين في ذمة او في ذمم بسبب متحد كبيع المتاع بينهما صفقة

بثمن واحد واقرا ضربك او استحقاق عوض بالاتلاف او انتقال الدين اليهما ارثا او شراء بعقد
واحد فلو تعدد السبب او الاشتراك والاصح فيه للقسمة والحكم بعدم صحة القسمة ولزومها في الدين
المشترك اولى اجماعي بل عن الشيخ وابن البراج دعوى الاجماع عليه صريحا للاصل بعد الشك
في شمول ادلة القسمة لمثله وللنصوص المعتبرة كصحيح سليمن بن خالد عن الصادق ع في رجلين كان لهما
مال في ايديهما ومنه متفرق عنهما فاقتسما بالتسوية ما كان بايديهما وما كان غائبا عنهما
فهلك نصيب احدهما مما كان غائبا عنهما فهلك نصيب احدهما مما كان غائبا واستوفى الاخر عليه
ان يرد على صاحبه قال ما يذهب بماله وموثق عبد الله بن سنان عنه ع في رجلين كان بينهما مال منه دين
ومنه عين فاقتسما العين والدين فتوى الذي كان لاحدهما من الدين او بعضه وخرج الذي
للاخر ايرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله والمرسل عن ابي حمزة قال سئل ابو جعفر ع عن رجلين
بينهما مال بايديهما ومنه غائب عنهما فاقتسما الذي بايديهما واحال كل واحد نصيبه من
الغائب فاقتضى احدهما ولم يقتض الاخر قال ما اقتضى احدهما فهو بينهما ما يذهب بماله ونحوه
موثق بن مسلم وموثق بن عمار وخبر غياث عن جعفر عن علي عليهما السلام الا انه قال ما اقتضى احدهما
فهو بينهما ونحو ذلك من الاخبار الواضحة الدلالة على بطلان القسمة لاثباتها خلاف مقتضاها من
اختصاص القابض بما قبض وانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم وما ورد من جواز القسمة
كما في خبر علي بن جعفر فمنزل على اثبات اصل الجواز وان لم تكن لازمة كما عن الاردبيلي من الميل
او القول بصحتها استضعافا لما دل على بطلانها من البين لدعوى انحصار الدليل بخبر غياث
غريب كدعواه موافقة الحلي له على صحة القسمة لحكمه فيما سياتي في باب الشركة باختصاص
الشريك بمقبوضه لو قبض بقدر حقه خلافا لما دل على المشهور من عدم لزوم الاختصاص
بل يتخير الشريك الاخر بين الرجوع عليه ومقاسمته فيما قبض وبين الرجوع على الغريم فيختص
القابض بما قبض وهو بحث في مقام اخر لا يتفرع على القسمة بل هو مطرد على القسمة

وبدونها

وبدونها وان كان لو تحققت القسمة وقلنا بصحتها التعين ما حكم به في السرائر من الاختصاص
الا انه لم يبين ذلك على القسمة وصحتها وانما علله بتعدد المتعين وعدم حصول الشركة فيما هو دين ومقتضاه
ان لا محل للقسمة فيه ولذا لم يشر احد الى خلافه هنا وانما ذكروه في باب الشركة مع ان المحكي من عبارته ظاهر
في عدم صحة قسمة الدين حيث انه لما احتج للاصحاب بخبرين مما سمعته وردهما بالضعف وعدم العمل باخبار
الاحاد قال ولو سلم الخبران تسليم جدل لكان لهما وجه صحيح مستمر على اصول المذهب والاعتبار وهو
ان المال الذي هو الدين كان على رجلين فاخذ احد الشريكين وتقاضى جميع ما على احد الغريمين
فالواجب عليه هيهنا ان يقاسم شريكه على نصف ما اخذه منه لانه اخذ ما يستحقه عليه وما يستحقه
شريكه ايضا الى اخر ما ذكره وهو كالصريح في بطلان المقاسمة على ما في الذمم حيث ان الخبرين
تضمنا القسمة وعدم الاختصاص ونزلهما على ما ذكره وهو يقتضي بطلان القسمة لو جعل سهم
احد الشريكين مختصا بما على احد الغريمين وسهم الاخر بما على الاخر اذ لو صحت قسمة الدين
لم يجز الرجوع على القابض بما قبض قلت وما حمل عليه الخبرين في السرائر لعل ظاهر جميع
ما سمعته من الاخبار لتضمنها انقسام الدين كالعين والحوالة عليه كما في بعضها وهو يقتضي
تعدد الذمم واختصاص كل من الشريكين بما في ذمة غريم بسبب القسمة اذ لا يتحقق لماهية
القسمة مع فرض اتحاد الذمة فان القسمة تمييز وافراز حق وتمليك حصة بحصة ولا يتصور
ذلك فيما هو متعلق بذمة واحدة من الدين المشترك اذ لا تمييز فيه ولا افراز ولا تمليك واما
تصيير بينهما فثابت بدون القسمة فالظ ان مفاد النصوص ما ذكره من بطلان القسمة المتحقق
مضمونها ولا مانع من صحتها بتعدد كون المقسوم دينا ومنه يظهر ضعف دلالة النصوص
المذكورات على ما حكم به الشيخ والاكثر في المسئلة الاتية في باب الشركة من عدم اختصاص القابض
بما قبض من حصته حيث ان مفادها على هذا التقدير ما اذا كان المقبوض زائدا على حصته هو
في ذمة احد الغريمين ولا ريب في رجوع الشريك عليه حينئذ وانما الكلام فيما اذا كان مقبوضا

بقدر حقه ولا دلالة في النصوص على مزاحمة الشريك لشريكه الا ان يدعى عمومها لذلك ولو بواسطة
ترك الاستفصال وهو بعد محل نظر فلذا جنح جمع من المحققين كالعلامة في لف والمحقق الثاني
والفاضل الشارح الى مقالة الحلي من اختصاص القابض بما قبض ان كان بقدر حقه نظرا الى
ان الشركة والاشاعة في نفس الدين والحق لكل منهما ثابت في ذمته ولذا يصح لكل منهما بيعه والصلح عليه
وابرائه وضمان الغير له فلا يمتنع قبضه بتعيين الدافع والمدفوع اليه لكن الشيخ والاكثر جزموا بان الدين
مشترك والدفع عن المال المشترك فلا يختص به القابض فان كان للنص فهو ما عرفت وان كان المقتضي
القاعدة فاثبات الاشتراك في الدين على وجه لا يمكن تسليم كل ذي حق حقه الا باجتماع الشركاء
وتوكيل بعضهم بعضا في القبض محل اشكال ومع ذلك فاللازم من ثبوت الشركة هنا فساد قبض القابض
لنفسه لاسيما اذا كان بدون الاذن من شريكه وبقاء المقبوض ملكا للدافع وان لكل من الشريكين الرجوع عليه
لبقاء الدين في ذمته وان كان المقبوض في ضمان القابض لعموم اليد لا الحكم بصحة القبض وتخيير
الشريك في الرجوع على كل من القابض والدافع وكان الوجه فيما ذكروه ان القبض لما كان غير في محله
اما بالاذن الحاصل ابتداء بالقسمة الفاسدة لو كانت ثمة قسمة بينهما او بغيرها او بعد القبض كما لو اختار
الرجوع على الشريك او على الغريم فانه رضي منه بقبض القابض فلا مانع من صحته سوى تعلق حق الشريك
فاذا فرض اجازته واسقاط حقه منه اختص القابض بما قبض لوجود السبب وارتفاع المانع واذا اختار
الرجوع على الشريك فلعل ذلك حينئذ ان المقبوض من الدين المشترك صالح لهما ولا يتعين ملكا للقابض
بمجرد نيته ونية الدافع ولو فرضت الملكية فهي متزلزلة لتعلق حق الشريك به فله فسخ ملكية ما زاد على
قدر نصيب القابض من المقبوض واخذه اذ لم يبق غير حق للدافع اصلا كما ياتي توضيحه بعون الله تعالى
في محله والغرض هنا بيان عدم اختصاص احد الشريكين بما يقبضه من حيث القسمة لفسادها ولو اراد
الاحتيال في الاختصاص امكن ان يبيع حصته على المديون بعوض حال او يصالح كلا او يهبه الحصة
بعوض او يضمنها عنه ضامن او يضمن كل من الشريكين حصة صاحبه عن المديون فيتهاترا او يستحق

كل

كل منهما نصيبه من غير شركة او يصطلحا على ما في الذمم بان يصالح عما يستحق في ذمة احد المديونين
بما يستحقه الشريك في ذمة الاخر بناء على ان الصلح عقد مستقل كما هو المشهور ولو قلنا بفرعيته
على البيع بطل لكونه من بيع الدين بالدين او يحيل كل منهما على غريمه بما يستحقه بناء على جواز
الحوالة لكنه خلاف التحقيق وفي خبر ابي حمزة المتقدم ما يدل على فسادها ولو كان لاحدهما
على الاخر دين سابق فاحال كل منهما على صاحبه صح من غير اشكال قوله ويصح بيعه بحال لا مؤجل
لا خلاف في صحة بيع الدين الا من الحلي في بيعه على غير من هو عليه فان المحكي عنه المنع فيه مدعيا
عليه الاجماع معللا بانه ليس عينا مشاهدة ولا مشخصة موصوفة والكلية موصوفة الاختصاص
الاخير بالسلم وليس منه وضعفه عن الاولين ظاهر وفيه انه من الكلي الموصوف ومنع اختصاص صحته
بالسلم مع انه لا دليل على انحصار المبيع فيما ذكره من الافراد ولو تم ذلك لاقتضى بطلان بيعه
على من هو عليه ايضا اذ المقتضي للمنع على ما ذكره عدم صلاحيته للبيع في نفسه من حيث عدم
التمكن من قبضه وعدم القدرة على تسليمه حتى يقال انه ما في الذمة بمنزلة المقبوض ولا فرق في صحة
بيعه بين كونه حالا او مؤجلا قبل حلول اجله او بعده على ما يقتضيه اطلاق العبارة ونظائرها
بل هو صريح التذكرة والمسالك والروضة وغيرها خلافا لما يظهر من الفاضلين في
الشرائع والنافع والارشاد من منع المؤجل منه قبل حلول اجله ولا وجه له سوى دعوى عدم
استحقاق البائع له قبل الاجل وعدم القدرة على تسليمه حين البيع وضعفه ظاهر ولولا ما يظهر
من الاجماع المدعى صريحا على المنع ببيع السلم قبل حلوله لكان المتجه فيه الجواز ايضا لعموم ادلة
البيع كما مر في السلم اذا تقرر هذا فلا اشكال في جواز بيع الدين بالعين وبالمضمون الحال
مطلقا على من هو عليه وعلى غيره اما بيعه بمثله فغير جائز اجماعا للنهي عن بيع الدين بالدين في
النصوص المعتبرة من غير فرق بين كون الدينين حالين او مؤجلين او مختلفين ولا بين ان يكون
المثمن في ذمة المشتري والثمن في ذمة البائع او يكون احدهما او كلاهما في ذمة اجنبي لاطلاق

النهي عن بيع الدين بالدين لمتناول الجميع هذه الافراد وان اوهمت عبارة الكتاب جواز بيعه بالدين
الحال ابتداء كالقرض او بعد التأجيل وانقضاء الاجل لصدق الحال عليه لكنه غير مراد جزما وانما
المراد به المضمون الحال وهو الكلي الثابت في الذمة بالعقد من غير تأجيل فانه غير مندرج في مسمى
الدين الممنوع منه لغة وعرفا فاذا اطلق عليه لفظ الدين في مقابلة العين فهو من المجاز لمشابهته به
في التعلق في الذمة ولا يحنث من حلف ان لا يبيع بالدين بالبيع به واما المضمون المؤجل ففي
المنع منه لصدق الدين عليه وان حل قولان ظاهر المصنف والاكثر المنع فلا يصح بيع مضمون مؤجل
بمثله ولا بيعه بدين سابق على العقد ولا عكسه لصدق بيع الدين بالدين في الجميع فيشمله النهي وظاهر
المحقق في الشرائع عدم الجواز ببيع الدين بالمضمون المؤجل وبه قطع الفاضل الشارح في المسالك
والروضة معللا بان الدين الممنوع منه ما كان عوضا حال كونه دينا بمقتضى تعلق الباء به والمضمون
عند العقد ليس بدين وانما يصير دينا بعده فلا يتحقق بيع الدين به ولانه يلزم مثله في بيعه حال
والفرق غير واضح ودعوى اطلاق اسم الدين عليه ان اراد به قبل العقد فممنوع او بعده فمشترك
واطلاقه عليه عرفا اذا بيع به فيقولون باع فلان ماله بالدين مجاز يقصد به ان الثمن في ذمته دينا
بعد البيع ولو اعتبر هذا الاطلاق جاء مثله في الحال اذا لم يقبض خصوصا اذا امهله به من غير تأجيل
وفيه ان عدم صدق الدين عليه قبل العقد لعدم اشتغال الذمة به لا يخرجه عن صدق الدين عليه بالعقد
ولا عن صدق بيع الدين به لغة وعرفا ولا دلالة للباء المتعلقة به على اعتبار صدق الوصف بالدينية
قبل العقد وانما المفهوم منها النهي عن مقابلته بما يسمى دينا من الاثمان مط ودعوى لزوم مثله
في البيع بالمضمون في الحال ممنوعة فان التأجيل في المؤجل كان في التفرقة بينهما لكونه داخلا في
مفهوم الدين ولذا نقل عن جمع من اللغويين التفرقة بين الدين والقرض بضرب الاجل في الاول
دون الثاني ولعل تسمية القرض لدخوله في التأخير والامهال الى قضاء مطرد دون العين اصلا
في حقيقته عرفا وان لم يكن الا ما اشتهر مع ان النقض بالحال كالاجتهاد في الموضوعات التي لا طريق الى اثباتها

سوى

سوى النقل او الاستعمال العرفي حقيقة ودعوى ان اطلاق الدين على المؤجل عرفا من المجاز
يدفعها ان اطلاق الدين على ما قابل الحال وهو المتبادر عرفا من البيع بالدين بل نقله اظهر
من صدقه على ما قابل العين ولذا يحنث لو حلف ان لا يبيع بالدين فباع نسيئة وقد مر في
السلف ان تسميته سلفا لكونه بمعنى الدين المسلم اليه والمضمون المؤجل دين وظاهرهم فيه الاتفاق
على اشتراط عدم التأجيل ايضا بل دخوله فيما نهي عنه من بيع الدين بالدين كما ان ظاهرهم الاتفاق
على اشتراط ان لا يكون رأس المال دينا لذلك فلولا ان المسلم فيه وهو المضمون المؤجل دين لم يدخل
في النهي المذكور واختلفوا فيما لو كان رأس المال دينا على المسلم اليه والمشهور البطلان لانه من
في بيع الدين بالدين ومن ذهب الى الصحة فانه وان علله بان ما في الذمة بمنزلة المقبوض لكن
قد مر فساد تعليله وان الموجب للبطلان هو مانع الدينية لا عدم المقبوضية **قوله** وبزيادة ونقيصة
ولا يلزم المديون ان يدفع الى المشتري الا ما دفع المشتري الى البائع على رواية محمد بن الفضل عن ابي
الحسن الرضا ع ومنع ابن ادريس من بيع الدين على غير المديون والمشهور الصحة اما جواز بيع الدين بالازيد
منه والانقص والمساوي مما لا خلاف فيه ومنع ابن ادريس من بيع الدين على غير المديون لا ينافيه
وقد سبق البحث فيه على خلاف وتبين ضعفه اما انه لا يلزم المديون ان يدفع الى المشتري الا ما دفعه الى
البائع لو كان الثمن اقل من العين فهو مذهب الشيخ وابن البراج عملا برواية محمد بن الفضل عن ابي
الحسن الرضا ع في رجل اشترى دينا على رجل ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له ادفع ما لفلان
عليك فقد اشتريته منه قال يدفع اليه ما دفع الى صاحب الدين وبرئ الذي عليه المال من جميع ما بقي
عليه وقريب منه المروي عن ابي حمزة عن ابي جعفر ع حيث قال يرد الرجل الذي عليه الدين ماله الذي
اشترى به من الرجل الذي له الدين لكن المشهور بين الاصحاب الزام المديون بدفع تمام ما عليه من الدين
الى المشتري مطلقا عملا باصول المذهب وقواعده واستضعافا للخبرين سندا ولتنافيهما الاثر
فيمكن حمل الشراء فيهما على الضمان عن المديون بالاذن فانه لا يجب الا ما ادى الضامن او حمل الشراء

على الفاسد بعد اذن البائع باستيفاء الثمن من المديون فيكون المراد براءة ذمته بالنسبة الى
المشتري وان بقيت مشغولة بالباقي للبائع وهو صاحب الدين او على ما اذا كان الشراء
للمديون باذن منه او اجازة او غير ذلك مما يخرج به الخبر عن مخالفة القواعد الشرعية
صونا له عن الطرح كما يمكن حمل كلام الشيخ على نحو ذلك فترتفع الغرابة التي من اجلها
تكلم الحلي على شيخ الطائفة بما لا يليق بل لا غرابة مع ملاحظة النظائر من الضمان وغيره
وانما المقتضي لعدم العمل بالخبر المذكور ضعفه وانتفاء الجابر مع انه قد يظهر من المص هنا
وفي الدروس الميل الى العمل به وقد انتصر العلامة للشيخ حتى زاد في الاستيفاء من الحلي
والمؤمن له ناصره وعذر الجميع واضح سامحنا الله واياهم بعفوه وكرمه تعبير اطلاق المص
غير جواز بيع الدين بالازيد والانقص مقيد بما اذا لم يكن العوضان ربويين قوله لو باع الذمي
ما لا يملكه المسلم ثم قضى منه دين المسلم صح قبضه وان شاهده المسلم هذا الحكم مما قطع به
الاصحاب من غير نقل خلاف بل نفى الخلاف عنه جماعة وحكى في الرياض عن بعض العبارات
نقل الاجماع عليه والظ عدم الاختصاص بالبيع وثمن المبيع من ذلك بل كلما اخذه الذمي عوضا
عما لا يملكه المسلم كالخمر والخنزير والميتة وغيرها صح قبضه وتملكه وان علم المسلم بالحال
من غير فرق بين عوض اعيانها او منافعها ولا بين اخذ العوض بطريق المعاوضة عليها
او اتلافها وتضمين مثليها كما لا فرق بين دفع الذمي العوض وفاء عن دين في ذمته او خراجا
او جزية او صدقة او غير ذلك لصحة قبض المسلم له في الجميع كما نطقت به الاخبار كقول
ابي جعفر ع في صحيح بن مسلم في رجل كان له على رجل دراهم فباع خمرا او خنازير وهو
ينظر فقضاه انه لا باس به اما للمقتضي فحلال واما للبائع فحرام ومثله صحيح داود بن فرقد عن العم
وقوله ع في صحيح زرارة لا باس او قال خذها وقوله ع في موثق منصور انما لك عليه دراهم
فقضاك دراهمك وقوله ع في معتبر بن مسلم في خراج اهل الذمة وجزيتهم اذا ادوها

من ثمن

من ثمن خمورهم وخنازيرهم وميتتهم ذلك للامام والمسلمين حلال وهي على اهل الذمة حرام وهم
المتحملون لوزره وغير ذلك من النصوص الواردة في الجزية والخراج وقضاء الدين المتضمنة
لتحريم ذلك وفسادا بالنسبة الى الذمي لكونه مكلفا بالفروع الا انه يحل اخذه منه الزاما له بمعتقده
لتقريرهم على ذلك شرعا وهو لا ينافي الحرمة والفساد واقعا وان وجب الاقتصار على خصوص المقبوض
من الذمي لعدم تقرير الشريعة لغيره من غير خلاف يعرف في ذلك بين الاصحاب الا ما حكي في المختلف
من عبارة الشيخ الموهمة الشمول لغير اهل الذمة حيث قال من شاهد ذميا قد باع ما لا يحل للمسلم
تملكه من خمر او خنزير او غيرهما واخذ ثمنه جاز له ان ياخذه منه ويكون ذنب ذلك على من باع
وجنح الى العموم في الكفاية وغيرها نظرا الى اطلاق ما تضمنته البابين من النصوص الواردة في قضاء
الدين سوى الاول وما عدا موثق منصور المقيد سؤال الراوي عن الذمي وهو غريب اذ لا ريب في ان المراد
من ذلك من اقرته الشريعة على بيع ذلك وهو الذمي لا المسلم بل ولا الحربي ايضا وان كان مستحلا
كما هو المستفاد مما مر من الاخبار الواردة في تحريم التكسب بتلك وان ثمنها سحت وان الله اذا حرم
شيئا حرم ثمنه ومما ورد فيمن اسلم وعنده خمر وخنازير من النهي عن بيعها وقضاء دينه منها كما
في المرسل عن الرضا ع الدال التزاما على حكم المسلم الاصلي بالاولوية ولذا كان المشهور انه لو اسلم و
مات لم يجز بيع تلك الاعيان من تركته ووفاء دينه من ثمنها بل لا مخالف عدا الشيخ في نه للخبر فيمن اسلم و
عنده خمر وخنازير ثم مات وهي في ملكه وعليه دين قال يبيع ديانه او ولي له غير مسلم خمره وخنازيره
فيقضي دينه وليس له ان يبيعه وهو حي ولا يمسكه وهو مع ضعفه منزل على تبرع الوارث والولي
بحيازته وبيعه وقضاء دينه من الثمن لصراحة عجزه بخروج ذلك وعن ملكه بعد الاسلام فلا منافاة
عن تقييد الحكم هنا بالذمي ولذا دفع في المخ توهم ابن ادريس مخالفة الشيخ هنا وقال ان كلامه
لا طائل تحته فان تفصيل الشيخ اهل الذمة على ما صرح به في كتاب ط وغيره انتهى والظاهر اعتبار
كون المعاوضة مع ذمي مثله فلو باعه على مسلم لم يحل قبضه على ما يظهر من الاصحاب اقتصارا على المتيقن

من التقريب وان احتمل الجواز لعموم الأدلة وعدم المنافاة بين الفساد واقعا واباحة التناول
من الذمي تقريرا له والزاما انه لو غصب المسلم شيئا من ذلك وضمن العوض حل اخذه من غير اشكال
وفي اعتبار تستر الذمي ببيع ذلك في اباحة ثمنه قولان اشهرهما اعتباره لعدم معلومية تقرير
الشريعة لغيره والاصل المنع ولعله الاظهر ولا يمنع تحقق اسلام الذمي بعد البيع من مطالبته
بالثمن ان لم يقبضه وجواز قبضه منه كما لا يمنع استحقاقه عوض القرض ان لم يكن مثليا وان
اسلم المقرض ايضا ولو كان القرض مثليا كالخمر فاسلما او احدهما سقط القرض على الاشهر
لتعذر الوفاء والاستيفاء وقربه في الدروس لزوم القيمة لو اسلم الغريم وهو قريب قوله
ولا تحل الديون المؤجلة بحجر المفلس خلافا لابن الجنيد الفرق بين مال المفلس من الديون و
ما عليه في عدم حلول مؤجلها بالحجر والحاقه بالموت قياس مع الفارق لعدم بقاء الذمة مع
الموت فيتعلق الدين بالتركة وهو يستلزم الحلول بخلاف الحجر لبقاء الذمة فلا موجب للحلول مع ان
الحجر مشروط بحلول الدين فلو اقتضى حلول المؤجل لغى الشرط قوله وتحل الديون بموت المديون
ولا تحل بموت المالك اما حلول الدين بموت المديون فموضع نص واجماع لقول الص ع في خبر ابي
بصير اذا مات الرجل حل ماله وما عليه من الدين ونحوه المرسل وفي خبر السكوني عن جعفر عن ابيه
عليهما السلام قال اذا كان على الرجل دين الى اجل ومات الرجل حل الدين وفي المضمر اذا مات حل مال
القارض والمقلح ضعف الخبرين منجبر بالعمل والعقل من حيث انحصار الحق
بالتركة اذ لا ذمة للميت بعد الموت وانه لولا الحلول لادى الى تضرر الورثة ان منعوا
من التصرف في التركة وتضرر الديان لو لم يمنعوا الى الاجل وظاهر اطلاق النص والفتوى
عدم الفرق بين افراد الديون وان تامل بعض في حلول مال السلم والجناية المؤجلة بل عن ايضاح
الفخر وبعض حواشي المص الحكم بعدم حلولهما لان الاجل في السلم جزء من العوض ولو حل بالموت
لزم نقصانا ولان الاجل في الدية بتعيين الشارع [illegible] دية ولا يتحقق الفرق بين الديات

الثلث

الثلث وهو كما ترى فانه كالاجتهاد في مقابلة النص القاضي بسقوط الاجل في الجميع ودعوى
ان بين عموم حلول الدين وتاجيل السلم والدية عموما من وجه فيتساقطان ويرجع الى الاصل
في محل المنع مع انه يجري مثله في جميع افراد الديون فينبغي ملاحظة المستفاد من مجموع الادلة
والاشهر في قوة عموم الحلول مط واما عدم حلول الدين بموت المالك وهو صاحب الدين فهو
المشهور للاصل من غير معارض سوى ما سمعته من خبر ابي بصير ويحمل على ديون الميت وملاحظة
ان التاجيل ارفاق قد حصل من الميت ولم يحصل من الوارث بعد انتقال التركة اليه لكن الخبر
ضعيف ولا جابر له في المقام ويحمل على ديونه قياس مع الفارق كما هو ظاهر وانتقال الدين
الى الوارث لا يقتضي سقوط التاجيل لانه انما يرث مال مورثه على صفته من الحلول والتاجيل
فما عن الشيخ في نهايته وابي الصلاح وابن البراج والطبرسي من القول بحلوله ايضا كما هو ظاهر المحكي
عن ابن الجنيد والاشبه في ضعفه قوله وللمالك انتزاع السلعة في الفلس اذا لم تزد زيادة
متصلة كالسمن اذا حجر الحاكم على المفلس فصاحب العين احق بها من سائر الغرماء نصا واجماعا
في الجملة للمروي عن النبي ص انما رجل مات او افلس فصاحب المتاع احق بمتاعه اذا وجده ولقول
الص ع في مرسل جميل اذا كان المتاع قائما بعينه رد الى صاحب المتاع وقول ابي الحسن ع في صحيح
عمر بن يزيد فيمن وجد متاعه عند من ركبه الدين لا يحاصه الغرماء وغير ذلك من الاخبار
المستفاد منها ولو بمعونة فهم الاصحاب تسلط صاحب العين على فسخ المعاوضة عليها و
استرجاعها فهو بالخيار بين ان يترك ويضرب مع باقي الغرماء وبين الفسخ والاخذ فيكون
الخيار فوريا او متراخيا وجهان اظهرهما الثاني كما مر في نظائره وليس المراد من اخذ
العين وعدم محاصة الغرماء له اخذها وفاء عن دينه الذي هو ثمنها حتى لو نقصت
قيمتها حين الاخذ ضرب مع الغرماء بالباقي ولو زادت رد الزيادة اليهم والفرق في
جواز اخذ العين بين ان يكون هناك وفاء لباقي الغرماء بعد اخذها او لم يكن حتى لو لم يكن

للمفلس مال سواها جاز اخذها كما هو المشهود عملا باطلاق النصوص خلافا للمحكى عن
الشيخ في ط فاعتبر عدم قصور الباقي عن الوفاء اقتصارا على اليقين فيما خالف الاصل وعدم
اختصاص بعض الغرماء في مال المفلس ولصحيح ابي ولاد الوارد بذلك في تركة الميت وهو
كما ترى من الضعف وان قال في لك انه لا يخلو عن قوة ولا يرد ان شرط الحجر القصور عن الوفاء
فكيف يتصور الوفاء بعد اخذ العين لامكان تجدد ما يحصل به الوفاء بعد الحجر من ارث او اكتساب
ونحوه ولا يبطل به الحجر وامكان ان يكون اخذ العين موجبا لصيرورة ما بقي من المال وافيا
بالدين وان كان لو بقيت العين في جملة اموالهم بقي دينه في جملة الديون لم يف مال الغرماء
الدين اذا عرفت هذا فالمراد من العين التي يتسلط الغريم على استرجاعها مطلق العوض
في الثمن عينا كان او منفعة في جميع المعاوضات فلو افلس المستاجر ولم يكن قد دفع الاجرة
تسلط الموجر على الفسخ نعم يعتبر كون المعاوضة محضة فلا فسخ في النكاح فلو افلس الزوج
بالمهر ولا في الخلع لو افلست الزوجة بعوض الخلع وانما يجوز الفسخ في المعاوضة بشروط
احدها بقاء العين في ملك المشتري فلو باعها او وهبها او اعتقها او وقفها
قبل الحجر فلا رجوع ولو عادت الى ملكه ففي صحة الرجوع وجهان اظهرهما العدم لتلقي
الملك من غير البايع ثانيها ان لا يتعلق بالعين حق سابق على الحجر فلو تعلق بها حق
شفعة فالشفيع اولى من البايع على الاقوى نسبة وكذا المرتهن فيضرب البايع حينئذ
مع الغرماء ولو جنى العبد فللبائع الرجوع به ناقصا بارش الجناية وله الضرب مع الغرماء
ثالثها حلول الثمن فلو كان مؤجلا فلا رجوع ولو حل الاجل قبل ذلك الحجر ففي الرجوع
وجهان اظهرهما العدم لسبق تعلق حق الغرماء بالعين رابعها عدم تغير العين فلو كانت
حبا فصارت زرعا او بيضة فصارت فرخا فلا رجوع من غير اشكال ولو تغيرت بالمزج
فان كان بالمساوي والاردى فله الرجوع من غير خلاف لبقاء العين وان لم تكن متميزة

لامكان

لامكان التوصل اليها بالقسمة برضا البائع بها او بالبيع ويكون بنسبة ما يخصه من القيمة
وان كان بالاجود ففيه قولان المنع وهو للشيخ وبعض العلامة في القواعد والتذكرة لصيرورتها
بمنزلة التالفة لتعذر الوصول اليها بالقسمة لتضرر المشتري والغرماء والجواز وهو
اختياره في المخ والتحرير وبه جزم المحقق الثاني في جامع المقاصد والفاضل الشارح
في المسالك نظرا الى امكان التوصل اليها باخذ القيمة وهو منجبر لعدم تلف العين بالاختلاط
وثبوت الشركة به وضرر المشتري مندفع باقدامه على القسمة ان رضي بها والا فبأخذ
القيمة فيتباعدان جميعا ويرجع بنسبة عينه من القيمة فلو كانت قيمة العين درهما و
الممزوج بها درهمين بيعتا واخذ ثلث الثمن وعن الشيخ انه حكى قولا بانه يعطى من العين
بنسبة ما يخصه ثلث المجموع وضعف باضافته الى الزيادة بناء على عدم اختصاصها
بالبيع وان تغيرت العين بالزيادة فلا تخلو اما ان تكون صفة محضة او عينا كانت او
صفة من وجه وعينا من اخر فان كانت صفة ولم تزد القيمة بزيادتها فلا اشكال في
جواز الرجوع مجانا لانتفاء المالية عن الزيادة الموجبة للشركة وان زادت القيمة بها
فظاهر المص بطلان الرجوع بالعين لعدم امكانه مع الزيادة وبدونها فيضرب مع
الغرماء ولم اقف على من ابطل الرجوع بذلك قبل المص والمتجه صحة الرجوع لصدق
وجدان عين ماله وحينئذ فالزيادة اما ان تكون لا بفعل المشتري كالسمن والكبر وتعلم
الصنعة فهي من توابع العين للبايع ولا شركة للمفلس كما هو مذهب الشيخ وجماعة و
منهم العلامة في القواعد خلافا له في التذكرة والمختلف فاختار الشركة معللا بانه
نماء ملك المفلس وان الرجوع على خلاف الاصل فيقتصر على المتيقن وضعف بعموم
ما دل على الرجوع بالعين الصادق على المجموع من الموصوف والصفة ولان الزيادة المذكورة
لا تعد مالا ولا ملكا للمفلس وان زادت قيمة العين بسببها فلا موجب للشركة ولذا لم يحكموا

لها فيما لو فسخ بالخيار فلا فرق بينه وبين الرجوع لكون الفسخ من حينه لا من اصل العقد في الموضعين واما ان تكون بفعله كقصارة الثوب وصقل السيف وطحن الحنطة فقد يقوى في مثلها الشركة بالزيادة وان زادت على اجرة العمل لانها حاصلة بفعل متقدم محترم فلا يضيع عليه كما جزم به كثير من المحققين وهو لا يصفو عن الاشكال فان الصفة اثر لا يعد من الاموال فلا موجب للشركة كما في نظائره من انواع الخيار واحتمال الرجوع باجرة العمل لكونه محترما متجه لو كان حين العمل في ملك البايع اما لو كان عمله في ملكه فانه لا يستحق الاجرة به على غيره لو خرج عن ملكه بعد العمل ان كانت الزيادة عينية محضة كالولد والثمرة والزرع والبناء والغرس فلا رجوع بالعين خاصة ولوجودها وامتيازها عن الزيادة التي هي ملك المشتري وان كانت من نفس العين كالثمرة وان لم تقطف قبل التأبير او بعده والولد وان لم ينفصل لكونها نماء ملكه فلا يستحقها البايع ولا يجب عليه تبقيته ماله وينتظر كالزرع والثمرة الى اوان جذاذه وحصاده من غير اجرة نعم لو آجر ارضا فزرع المستاجر وافلس فللموجر اخذ الاجرة على تبقية الزرع الى اوان الحصاد والفارق بين البيع والاجارة ان الاول متعلقه الرقبة فاذا فسخ البايع عادت اليه مسلوبة المنفعة لكون المشتري قد استحقها بالزرع فلا اجرة لها بخلاف الثاني فان متعلقه المنفعة فاذا فسخ الموجر عادت اليه وحيث لا يمكنه استيفاؤها فيكون الزرع محترما يجب تبقيته استحق عوضها وهو اجرة المثل واما ما لا امد له فينتظر كالبناء والغرس فيلزم البائع تبقيته ما بقي لانه وضع بحق في زمن ملك المشتري فيكون محترما وظاهرهم عدم استحقاق الاجرة على ابقائه لكن المحكي عن الشيخ فيه جواز ازالة البايع له بالارش معللا بان المتبادر من الرجوع بالعين استحقاق منافعها وحيث وضع المغرس بحق لزم جواز دفع الارش لا ازالة جمعا بين الحقين فان مقتضى التعليل استحقاق الاجرة على

الابقاء

الابقاء الا ان ما ذكر من التعليل عليل فان الرجوع بالعين لا يقتضي سوى الرجوع بها على حالتها وان كانت مسلوبة المنفعة ما بقي الغرس والبناء فان ذلك لا يقدح في صدق وجدان العين وملكيتها ونقولها ولا يصيرها بحكم التالفة والا لبطل الرجوع بها وح فلا يستحق البايع سوى العين مشغولة بالبناء والغرس فان تراضيا على الابقاء بالاجرة والا ازالة بالارش والا بيع المجموع واخذ للارض من الثمن بالنسبة وطريق معرفته ان تقوم الارض وما فيها بقيمة وتقوم الارض وحدها مشغولة بما فيها بقيمة وتنسب قيمة الارض كلها الى قيمة المجموع فيؤخذ من الثمن بتلك النسبة ولا يجبر صاحب الغرس والبناء الا ان يبيعه فيما نحن فيه لازم للمفلس وتعلق حقوق الغرماء به ولو دفع البائع ولو دفع المشتري قيمته لم تجب اجابته ولو كانت الارض لبائع والغرس لآخر فغرس المشتري فيها وافلس رجع كل الى عين ماله ولكل منهما قلع الغرس فان قلعه صاحب الارض لم يكن عليه ارش الا ان يستحقه صاحبه الا مقلوعا ولو قلعه صاحب الغرس فعليه طم حفر الارض وان كانت الزيادة عينا من وجه وصفة من وجه كالصبغ فان لم تزد قيمة الثوب بالصبغ فلا شركة للمفلس وان زادت قيمته فان كانت الزيادة بقدر قيمة عين الصبغ فما دون فهو للمفلس خاصة وان كانت اكثر فما قابل العين فللمفلس واما ما زاد على ذلك مما هو مقابل اللون ففي كونه للبائع خاصة او للمفلس كذلك او لهما وجوه اظهرها التبعية لعين الصبغ فتكون للمفلس خاصة قوله وغرماء الميت سواء في تركته مع القصور ومع الوفاء كصاحب العين احدها في المشهور وقال ابن الجنيد وان لم يكن وفاء كالمفلس الخلاف في ان صاحب العين مع وفاء التركة بدين المستاحق بالعين من سائر غرمائه لصحيح ابي ولاد عن الصادق عليه السلم في رجل باع من رجل متاعا الى سنة فمات المشتري من قبل ان يحل ماله فاصاب البايع متاعه بعينه فله ان ياخذه اذا تحقق له قال فقال ان كان عليه دين وترك نحوا مما عليه فليأخذ ان

تحقق له ذلك فان ذلك حلالا وان لم يترك نحوا من دينه فان صاحب المتاع كواحد من له عليه باخذ
شئ بحصته ولا سبيل له على المتاع وهو كما يدل على الاختصاص مع الوفاء دال على الشركة مع القصور
كما هو المشهور عملا بالاصل والصحيح المذكور خلافا للمحكى عن ابن الجنيد من اختصاص صاحب العين
بها مط الحاقا للميت بالمفلس وعملا بعموم ما تقدم من الاخبار الناطقة بان صاحب المتاع احق
بمتاعه سيما النبوى منها القوله ع ايما رجل مات او افلس فصاحب المتاع احق بمتاعه اذا وجده
وفيه ان الالحاق بالمفلس قياس مع الفارق حيث ان الميت لا ذمة له حتى يرجع اليها مع القصور
فانحصر حق الغرماء بالتركة والعين من جملتها بخلاف المفلس والعمومات المشار اليها مع ظهورها
في الحى لا مناص عن تخصيصها بالصحيح المذكور واعلم ان هذه الاحقية انما هى بالنظر الى
الغرماء اما بالنظر الى الوارث فانه احق باعيان التركة وصاحب العين وغيره فصرت التركة
عن الوفاء او لم تقصر فمتى بذل الدين كان هو الاحق بالعين فلا سبيل لصاحبها الى الفسخ

مط قوله ولو وجدت العين ناقصة بفعل المفلس اخذها وضرب بالنقص مع الغرماء بنسبته
الى الثمن لا خلاف في ان نقصان العين لا يمنع من رجوع صاحب الثمن بها مطلقا لاندراج الناقص
في عموم من وجد متاعه وعين ماله ولا في ان الفائت ان كان له جزء مقابلا بالثمن وموزعا
عليه كعبد من عبدين وثوب من ثوبين اخذ ما وجد وضرب مع الغرماء بعوض الفائت مط
نعم وفي اخذ الباقي بالنسبة او بقيمته يوم يسترده خلاف في المشهور الاول وعن ابن الجنيد
الثاني وقواه في الخ والايضاح ضعفه فان المردود هنا انما كان بطريق الفسخ لا بطريق
الاستيفاء فلا موجب للاحتساب عليه بالقيمة يوم الرد ولو تم ذلك لادى في بعض
الفروض الى عدم الرجوع بشئ للفائت بل ربما اقتضى استرجاع شئ من البايع ايضا
كما لو كانت قيمته حين الرد ازيد من الثمن وهو كما ترى واما اذا كان الفائت وصفا
او وفاء لا يتوزع الثمن عليه كيد العبد ونحوها فان لم تنقص قيمة العين بفواته فلا اشكال

مع علم

من عدم استحقاق البائع سوى العين اذا اخذها وان نقصت ففى استحقاقه الارش
مط او عدمه مط او الاستحقاق ان كان الفوات بفعل اجنبى خاصة دون ما اذا كان
بفعل المشترى او بآفة سماوية او الاستحقاق فيما اذا كان بفعل الاجنبى او المشترى ايضا
وجوه اشهرها عدم الاستحقاق الا اذا كان الفوات بفعل الاجنبى خاصة اما عدم الاستحقاق
في غيره فلان النقصان الحادث غير مضمون والرجوع بالعين فسخ للعقد من حينه لا من اصله
فلا يستحق الرجوع ببعض الفائت عند المشترى واما الاستحقاق بفعل الاجنبى فلانه لما ثبت
عليه ارش الجناية والارش جزء من المبيع وقد اخذه المشترى فلا يضيع على البايع كذا عللوه
وفيه ان ما ذكروه في تعليل عدم الاستحقاق جار فيما اذا كان بفعل الاجنبى واستحقاق المشترى
له واخذه لا يصلح ان يكون فارقا بين الصورتين لكون الاستحقاق انما حدث في ملك المشترى
فلا يستحقه غيره بل هو كالنماء المتجدد في ملكه فانه وان تجدد الفسخ بعده مع انه قد لا ياخذه المشترى
بل يسقطه فلا موجب لتضمينه بما هو غير مضمون عليه ولا مقبوض له ومنه يظهر ضعف ما يحكى عن
ابن الجنيد من استحقاق البايع الرجوع بالارش مط وان قواه العلامة في الخ واستحسنه
المحقق الثاني والفاضل الشارح نظرا الى ان فسخ المعاوضة يوجب رجوع كل ما للاخر منهما
فان كان باقيا رجع وان كان تالفا رجع ببدله كائنا ما كان وكون العين غير مضمونة للبايع
في يد المشترى معارض بما لم يسقط من الثمن كذا علله في المسالك وهو كما ترى فان فسخ
المعاوضة انما يقتضى الرجوع بعين العوض والمعوض وفوات الوصف ما يحكم بما لا يسقط الثمن
عليه لما ثبت في صدق بقاء العين وتنزيل الوصف منزلة الجزء الذى يقابل بالعوض في حيز المنع
وان كان موجبا لزيادة الثمن ونقصا ولذا لم يكن خيار العيب من خيار تبعيض الصفقة
عند التحقيق وكان ثبوت الارش فيه بمقتضى النص لا القاعدة فالحق عدم الفرق بين الصور
هنا في عدم استحقاق الارش الا ان يقوم اجماع على استحقاقه فيما اذا نقص بفعل الاجنبى

كما قد يظهر من الروضة وغيرها وفيه تأمل **قوله** ولا يقبل قوله في حال التفليس بعين لتعلق
حق الغرماء اي لا يقبل اقرار المفلس بعد الحجر عليه بعين في يده بانها لغيره سواء كان المقر له
حاضرا او غائبا صدق المقر او كذبه لتعلق حق الغرماء بها ظاهرا فلا ينفذ اقراره في حقهم
وان نفذ في حقه لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز فيلزمه تسليم العين الى المقر له
لو فضلت عن الديون والارتفاع قيمة ونحوها كما يلزمه مثلها او قيمتها بعد فك الحجر لو
لم تفضل وهذا هو المعروف بين الاصحاب وقيل بنفوذه مطلقا وهو اختيار التذكرة وظ الشرائع
على تردد نظرا الى ان الاقرار كالبينة فكما يثبت الحق بها فكذا بالاقرار ولان المانع الموجب
لتكذيب الاقرار انتفاء التهمة اذ لا يعقل دفع اليد عن ملكه فرارا عن امر ثابت في ذمته
وفيه منع مساواة الاقرار للبينة لكونها حجة شرعية مطلقا بخلاف الاقرار فان دليله مقصور
على نفوذه في حق المقر لا في حق غيره ولذا لا يسمع الاقرار في حق المرتهن لو اقر بالرهانة لغيره
او بيع العين قبل الرهانة وان سمعت البينة بذلك واما التهمة فانها ليست لمانعة من السماع
هنا غير مرتفعة ايضا لامكان المواطاة بين المقر والمقر له طلبا لحرمان الغرماء من العين والمدار
في عدم نفوذ الاقرار على مزاحمة الغرماء في العين فلو اقر لبعض الغرماء بانها عين ماله ليتمكن
من الاختصاص بها لم يسمع والفرق في الاقرار بالعين بين الاقرار بكونها وديعة او عارية او
مقبوضة بالسوم او على جهة المضاربة مع تصديق المقر له بذلك او تكذيبه او لم يعلم تصديقه وتكذيبه
لكونه غائبا وعن الشيخ انه لو اقر بانها مضاربة لغائب اقرت في يده بيمينه والعرف
وجهه وفي القواعد انه لو قال هي مضاربة لحاضر فصدقه قدم دفعت اليه والا قسمت والاصح عدم
النفوذ مطلقا لما عرفت **قوله** ويصح بدين يتعلق بذمته فلا يشارك المقر له وقوى الشيخ
المشاركة اي يصح الاقرار بدين سابق على الحجر الا انه يتبع به بعد ارتفاع الحجر فلا شركة
للمقر له مع الغرماء في امواله القاصرة عن حقوقهم حال الحجر وهو خيرة العلامة في

الارشاد

الارشاد والمحقق الكركي والفاضل الشارح وغيرهم وربما قيل ببطلان اقراره فلا ينفذ مطلقا
ولا شبهة في ضعفه وشذوذه ومخالفته لعموم ما دل على ان اقرار العقلاء على انفسهم جائز
وذهب الشيخ والفاضلان في الشرائع والتذكرة والتحرير الى صحة اقراره ونفوذه في حق الغرماء
ومشاركته وعن المصرة في حواشيه موافقتهم ان كان المقر عدلا والمتجه عدم النفوذ لكونه من الاقرار
في حق الغير ولا مستند للشيخ وموافقيه سوى الحاق الاقرار بالبينة وارتفاع مانع قبوله من التهمة
هنا وقد تبين ضعفه في صورة الاقرار بالعين التي لا فرق بينها وبين الاقرار بالدين ولزوم
الاقرار للمقر على نفسه وعدم قبوله في حق الغرماء ففي عبارة المصنف مؤاخذة لحكمه في الاقرار بالعين بعدم
القبول الظاهر في عدم قبوله مطلقا وفي الاقرار بالدين في الصحة الظاهرة في نفوذه مطلقا ولو
مع تصريحه بعدم المشاركة كما ان الاوجه التفصيل بين العين والدين بالقول بنفوذ الاقرار بالاول
دون الثاني والقول بعكسه اذ لا مستند للفرق سوى اعتبارات غير صالحة للتفرقة بينهما ولا
ولو اقر بمال في ذمته اسنده الى ما بعد الحجر لم ينفذ اقراره اذا اسنده الى قرض او معاملة
ونحوهما من غير اشكال لعدم مشاركة الغريم المتجدد غيره من الغرماء لسبق تعلق حقوقهم
حتى لو ثبت استحقاقه بالبينة لم يشارك ايضا وكان دينه ثابتا في الذمة يتبعه بعد الحجر
او بعد تجدد مال لم يتعلق به حق الغرماء السابقين خاصة من غير فرق بين ان يكون
الغريم المتجدد عالما بالفلس والتحجير او جاهلا على الاقوى اما مع العلم فوضح لانه كما في
المسالك لاقدامه على ضرر نفسه واما مع الجهل فلسبق تعلق حق الغرماء فلا يضرب معهم ولا
يختص بعينه لو وجدت بناء على تعلق الحجر وحقوق الغرماء بالاموال المتجددة بعده واحتمل
اختصاصه بعين ماله لعموم قوله ع صاحب المتاع احق بمتاعه اذا وجده والضرب مع الغرماء
لكونه غريما لانه ادخل في مقابل دينه مالا وضعف الوجهين ظاهر مما عرفت **قوله** ويمنع
المفلس في التصرف في اعيان امواله انما يمنع المفلس من التصرف بماله بعد تحجير الحاكم عليه

فلا منع قبله اجماعا ولعل المراد من المفلس شرعا من حجر عليه التصرف بماله وان اطلق لغة على المعسر
مطلقا ولا خلاف في منعه من التصرف بالمال بعد الحجر فان حقيقته هو المنع من التصرف بالمال لاحد اسبابه
التي منها الفلس وما في الحدائق من التامل في ثبوت التحجير على المفلس مدعيا خلو النصوص عما
يفيده غير ملتفت اليه لثبوته بالاجماع بقسميه ودلالة النبوي صريحا عليه وهو ما روي عن
النبي صلى الله عليه وآله انه حجر على معاذ لالتماسه ذلك واشعار جملة من النصوص بذلك كخبر غياث وخبر الاصبغ
وخبر السكوني وغيرها من النصوص المتضمنة لما يلزم الامام من حبس المفلس وقسمة امواله
الى الغرماء بالحصص وبيعها عليه قهرا فانها ظاهرة في منعه من التصرف في تلك الحال
بل قد يراد من حبسه سوى منعه من التصرف والا فلا مقتضى له من بطلان وغيره واحترز بتقييد
التصرف بالمال عن التصرف بغير المال من نكاح او طلاق او قصاص او عفو او اقرار بنسب ونحو
ذلك واذا استتبع مالا كالاقرار بالزوجية او النسب المستلزم للمؤنة والمراد من التصرف به
ما كان موجبا لاتلاف المال او نقله عن ملكه بعوض او غير عوض فلا منع من التصرف المحصل
له كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاتهاب وقبول الوصية ونحو ذلك مما لا مزاحمة
فيه لحقوق الغرماء بل يجوز نفعه اليهم بناء على ان تعلق الحجر بما يتجدد من المال بعده ايضا ولا
من التصرف الذي لا مزاحمة فيه للغرماء كالوصية والتدبير النافذين بعد الوفاة من الثلث
لسبق اخراج الدين عليهما الا ان يقال بان الحجر يقتضي بطلان التصرف وسلب الاهلية عن
المتصرف لا المنع من حيث معارضته حقوق الغرماء خاصة كما قد يظهر ذلك من عبارة الشرائع
وغيرها من العبارات المصرحة ببطلان التصرف اذ لولا ذلك لكان المتجه توقفه على اجازة
الغرماء او تاديته حقوقهم لا البطلان فان المنع لحقوقهم لا يزيد على المنع لحق المرتهن والا على
منع الغاصب المحكوم بصحة تصرفه مع الاجازة وح فينبغي الحكم ببطلان نحو الوصية والتدبير
لانتفاء الاهلية وان لم يكن منافيا لحقوق الغرماء لكن الاقوى بقاء الاهلية لعدم الدليل

على

على سلبها والمتيقن من المنع انما هو لطلب حقوق الغرماء كما طفح التعليل بذلك في عباراتهم
وما قد يتوهم من ان الشك في تحقق الاهلية كاف في بطلان العقد بعد فرض استصحاب
بقاء الاهلية الى حين المنع يقتضي صحة التمسك بعموم الوفاء بالعقود تنبيهان الاول
ان الممنوع منه بعد الحجر هو المبتدأ لا ما كان اثر التصرف سابق عليه كالفسخ بخيار مطلقا عيبا
كان او غيره من غير خلاف اجده بين الاصحاب للاصل بعد الشك في تناول الحجر لمثله وعدم
معلومية كونه من التصرف بالمال بل بالعقد وان آل بالاخرة الى المال ولان حقوق الغرماء
انما تتعلق بالمال على نحو ما يملكه المالك وقد ملكه متزلزلا فلا يتعلق به حق الغرماء الا كذلك
ومقتضاه ان عدم اعتبار الغبطة في الفسخ بالخيار مطلقا وعن المقدس الاردبيلي اعتبار الغبطة
الفسخ في جميع انواع الخيار لانه نوع تصرف بالمال مطلقا ولا وجه له اذ لو كان من التصرف بالمال
لاعتبر فيه المنع منه لا الجواز بشرط الغبطة الا ان يقال بانه قد اجتمع في المبيع في الخيار حقان
حق المالك وهو التسلط على الفسخ وحق الغريم متعلق بعين المبيع ولا ترجيح لاحدهما
على الآخر الا مع الغبطة وفيه ما فيه وجزم العلامة في القواعد باشتراط الغبطة في خصوص
خيار العيب دون غيره من الخيارات وعلله في التذكرة بان العقد في زمن الخيار متزلزل لا
ثبات له فلا يتعلق حق الغرماء بالمال ويضعف تعلقهم به فجاز ان لا يعتبر فيه الغبطة بخلاف
ما اذا خرج معيبا وكانه بنى ذلك على ان الخيار في العيب لا يتحقق بمجرد العقد بل به وبظهور
العيب فالعقد قبل ظهوره لازم وحيث كان ظهوره بعد الحجر وتعلق حق الغرماء وجب مراعاة
المصلحة في تقديم احد الحقين وفيه المنع من لزوم العقد قبل ظهور العيب بل ظهوره
كاشف عن تزلزله وثبوت الخيار في نفس الامر من هذا الوجه ووجه آخر الفرق بين الرد
بالعيب والخيار بان الخيار ثابت باصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها بخلاف
الرد بالعيب فانه ثبت على طريق المصلحة فيتقيد بها وهو تكلف فان الثبوت باصل العقد

متحقق في الجميع ولعقبا المصلحة اذ كان بطريق الحكمة في المشروعية نفي الجميع ايضا وان كان
بطريق الشرطية ممنوع في الجميع ولو قيل بان العيب لما تضمن الخيار بين الرد والارش ثبت
له جهتان احديهما ما الى الرد وهي الارش فيتعلق حق الغرماء بالمال من تلك الجهة وجب ان
اخذه منافي لحق الخيار والفسخ وجب مراعاة الغبطة في التقديم كان وجها وان لم يخلو
عن نظر والمتجه عدم اعتبار الغبطة في الجميع الثاني ان المنع كما يتعلق بالاموال الموجودة
حين الحجر فكذا بالمتجددة بعده على الاشهر بين الاصحاب لعموم اختصاص الحجر وكون الغرض منه
ايصال الحق الى المستحقين وهو لا يتم الا بالتحجير على الموجود والمتجدد وعن فخر الاسلام اختصاص
الحجر بالموجود وتوقف المص في حواشيه على ما حكي وموضع البحث مشروعية التحجير على المتجدد
لينزل اطلاق التحجير عليه لانصراف الاطلاق اليه وعدمه والاظهر مشروعية ذلك لوجود المقتضي
وانتفاء المانع والظ عدم الفرق في التحجير على المتجدد بين قصوره عن الديون وعدمه اذ
لا اشتراط في تحقق الحجر القصور بالموجود خاصة ويظهر من التحرير تعلق الحجر بالمتجدد ما لم يف
بالحقوق ومقتضاه وقوع الحجر معلقا وفيه ما فيه قوله وغرماء الميت سواء في تركته مع
القصور ومع الوفاء لصاحب العين اخذها في المشهور وقال ابن الجنيد يختص بها وان لم يكن
وفاء كالمفلس المشهور ان ما تقدم من اختصاص صاحب العين بها مط مختص بالحي المفلس
اما الميت فلا يختص بها الا اذا كان في التركة وفاء لجميع الغرماء وظاهرهم عدم الفرق
في ذلك بين ان يكون الميت قد مات محجورا عليه للفلس او لا وفي جامع المقاصد ان هذا
الحكم في الميت مفلسا الا مط وحكى عن المص في حواشيه استشكاله بان الاختصاص
مع الوفاء لما فات لما دل على تخيير الوارث في جهات القضاء والمحكي عن ابن الجنيد الاختصاص
مط كالمفلس وربما احتمل ذلك حيث يموت مفلسا والاقرب ما عليه المشهور من التفصيل
المذكور وعدم الفرق بين من مات مفلسا وغيره اما عدم الاختصاص مع القصور فللاصل وتنافي

حقوق

حقوق الغرماء في مال الميت وتعددهم لولا التساوي لانحصار حقوقهم بالتركة فلا يثبت
الاختصاص والاطلاق ما دل على قسمته مع القصور على قدر الحصص كخبر ابي بصير لشموله لوجدان
العين وفقدها واما الاختصاص مع الوفاء فلظاهر الاتفاق واطلاق صحيح عمر بن يزيد
ان لم يكن ظاهرا في الحي واطلاق مرسل جميل وهو وان تناول صورة القصور الا انه
مقيد بصحيح ابي ولاد عن الصادق ع في رجل باع من رجل متاعا الى سنة فمات المشتري
قبل ان يحل ماله واصاب البايع متاعه بعينه اله ان ياخذه اذا حقق له فقال ان كان عليه دين
وترك نحوا من دينه فليأخذ ان حقق له فان ذلك حلال له وان لم يترك نحوا من دينه فان
صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصته ولا سبيل له على المتاع قوله وتباع امواله
الواجب بعد التحجير والمنع من التصرف قسمة ما عدا المستثنيات من اموال المفلس على غرمائه
فان امكن ذلك من غير بيع فلا يتحتم البيع سيما لو كان المال من جنس الحق الذي عليه
فان الوجه ليس بمرجح وانما يباع لو تعذرت القسمة بدون البيع فان الخلاف في لزوم
بيعه رضي المالك او لم يرض ويتولى ذلك الحاكم وامينه للاجماع والاخبار كقوله ع
في خبر غياث ان عليا ع كان يفلس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يامر به فيقسم ماله بينهم
بالحصص فان ابى باعه فقسم بينهم يعني ماله ونحوه غيره من الاخبار وحيث يتولى بيعه
فلا ريب في رجحان المبادرة اليه لئلا تطول مدة الحجر وفي وجوبها وجهان من كون
الحجر على خلاف الاصل فيقتصر على المتيقن من الازمنة ومن ان الاصل عدم الوجوب
ولعل الوجوب اظهر الا مع حصول المفسدة بالتعجيل قوله ولا يدخر للمؤجل شيء لا خلاف
في اشتراط الحجر بحلول الدين لعدم استحقاق ذي الدين المؤجل قبل حلول الاجل ولو كان
بعضها حالا او بعضها مؤجلا حجر عليه مع قصور امواله عن الديون الحالة وسؤال اربابها
وقسمت بينهم ولا يدخر للمؤجل شيء من غير خلاف ولا اشكال الا فيما لو فرض حلول المؤجل

لعبد الحجر قبل القسمة فقد صرح جماعة منهم العلامة والفاضل الشارح بالمشاركة حتى
لو قسم البعض شارك في الباقي فيضرب ذو الدين المؤجل بجميع دينه وباقي الغرماء بباقي
ديونهم فيما هي ويشكل ذلك بأسبقية تعلق حقوق الغرماء بأموالهم والدليل على تراحمها
ولذا لا يختص صاحب الدين بها لو تعلق بها حق سابق حتى لو كان دينه مؤجلا ايضا فحل بعد الحجر
لم يختص وضرب مع الغرماء ومع ذلك فالاقوى المشاركة اذ الحجر انما هو لاستيفاء الديون
والتأجيل مانع من الاستيفاء فاذا ارتفع اثر المقتضي اثره على نحو ارتفاع مانع الكفر
من الارث لو اسلم قبل القسمة وتعلق حقوق الغرماء الموجودين غير مانع من تعلق حقوق
غيرهم ممن يشاركهم في سبب الاستحقاق ولذا حكموا بالمشاركة فيما لو تجدد دين قهري
قبل القسمة كارش الجناية وعوض الاتلاف ونحو ذلك مما يكون ثبوت المشاركة فيما نحن فيه
اولى به عند التأمل قوله ويحضر كل متاع في سوقه ظاهر العبارة وجوب ذلك مطلقا مع رجاء
الزيادة بالاحضار وعدمه والدليل عليه بل الاوجه الاستحباب فضلا عن الوجوب مع القطع
بعدم الزيادة وامكان بيعه بثمن المثل بدون الاحضار واما مع رجاء الزيادة فهي جامع
المقاصد لا يبعد الوجوب وهو اختيار الفاضل الشارح معللا بان احضاره في سوقه
اكثر لطلابه واضبط لقيمته وهو كما ترى لا يفيد سوى الاولوية والرجحان والا فمجرد احتمال
الزيادة لا يوجب الحمل اليه مع حصول ثمن المثل بدونه بل الاصل برائة الذمة من وجوب حمله
ونقله والتعليق ان احضاره اصلح للغريم والمفلس والواجب على الولي مراعاة الاصلح
في تصرفاته بالمال المولى عليه لكمنع من وجوب تطلب الاصلح مع فرض وجود المصلحة بدون
الطلب وانما يجب مراعاة الاصلح في الافراد الموجودة لقبح ترجيح المرجوح ومن هنا يعلم
ان ما ذكره الاصحاب هنا من آداب بيع مال المفلس من حضور الغرماء والمفلس حين البيع و
البدائة ببيع ما يخشى تلفه في نفسه لا من حيث عدم البدائة به ومن البدائة ببيع الرهن و

التعويل

التعويل على ما به تصفية المفلس والغرماء ونحو ذلك مبني على الاستحباب كما صرح به كثير
منهم اما على العقل رجاء الزيادة ولزوم مراعاته فينبغي الوجوب في اغلب ما ذكر
او في جميعه فان رجاء الزيادة مما لا ينفك عنه غالبا ولذا ذهب المحقق الثاني و
الفاضل الشارح الى الوجوب في كثير مما اشرنا اليه من الافراد ولحضور الغرماء والمفلس
لو رجا بحضورهم زيادة القيمة وكالبدأة ببيع الرهن لو رجاء زيادة قيمته عن حق المرتهن
ليصرف الزائد الى باقي الغرماء قوله ويحبس لو ادعى الاعسار حتى يثبت لا اختصاص لهذا
الحكم بالمفلس المحجور عليه والمدعي الاعسار بل يحبس الممتنع من الوفاء مطلقا يحبس اذا رفع
امره الى الحاكم حتى يوفي لو يثبت اعساره بالبينة او غيرها الا انه ان كان له مال ظاهر
الزمه الحاكم بتسليمه فان ابى تخير بين حبسه حتى يؤدي بنفسه وبين اخذ ماله وصرفه الى الدين
اما حبسه فللاجماع ولقوله صلى الله عليه واله لي الواجد يحل عقوبته وعرضه والمروي من فعل
امير المؤمنين ع انه كان يلتوي على غرمائه واما اخذ ماله وصرفه الى الدين فلان الحاكم
ولي الممتنع والاثر المروي ايضا من فعل امير المؤمنين ع وان لم يكن له مال ظاهر تعين
حبسه حتى يثبت اعساره ولو بيمينه حيث لا تكون الدعوى مالا بل جناية واتلافا ونحو
ذلك لكونه منكرا باعتبار موافقته للاصل فيقبل قوله بيمينه ولو اقام والحال هذه
بينة على اعساره ففي قبولها من دون يمين وجهان اظهرهما القبول وفاقا للتذكرة لرجوعها
الى بينة الاثبات المقبولة عند الحاكم ولو من المنكر اما لو كانت الدعوى مالا لم يقبل
قوله في دعوى الاعسار عدم تصديق خصمه الا بالبينة لكونه حينئذ مدعيا تلف المال
المعلوم والاصل عدمه والخلاف في قبول البينة على الاعسار مطلقا سواء شهدت
بتلف امواله او بمطلق اعساره بل في الغنية الاجماع على قبولها الا ان المعروف اشتراط
اطلاعها على باطن امره بالمعاشرة حيث تشهد بنفس الاعسار نظرا الى انها شهادة

على نفي الملك ومن حقهما عدم القبول لعدم الحصر حتى تنضبط بامر ثابت فاذا علم استنادها الى المعاشرة التامة واطلاعها على حال الايسر علم من كان له مال كانت بينة اثبات متلزمة للنفي ولا مانع من قبولها بخلاف الشهادة على تلف اموال الرفا فانها بينة اثبات كسائر البينات لا يعتبر فيها سوى العلم بالمشهود به مطلقا بالمعاشرة وبدونها لامكان العلم بالتلف من غير صحبة ومجاورة كما هو ظ ومقتضى قبول بينته عدم تكليفه معها باليمين اذ لا يمين مع البينة وهو ظاهر كثير من الاصحاب لكن المحقق في الشرائع والعلامة في التذكرة جزما بان للغرماء احلافه مع البينة حيث تشهد بالاعسار لا بالتلف مالوا بل ربما نسب هذا الى الاكثر وعكس في التذكرة فاعتبر انضمام اليمين مع الشهادة على التلف دون الاعسار وتبعه في ذلك الفاضل الشارح في المسالك نظرا منه الى ان مرادهم من الشهادة على تلف انما هو تلف المال الظاهر وان امكن ان يكون له اموال بتلف ولذا صرحوا بعدم اعتبار كون الشهود من اهل الخبرة بحاله وح فلابد من اليمين لانه يصير بهذه البينة كمن لم يعلم له اصل مال مع احتمال المال واما الشهادة على الاعسار فانه حيث اعتبر كون الشهود فيه من اهل الخبرة الباطنة فلا تفتقر الى اليمين لان ذلك اقصى ما يمكن اعتباره في التفحص وفيه ما لا يخفى فان الظاهر من الشهادة على تلف المال ارادة تلف جميع امواله بحيث يتحقق معه الاعسار لا تلف مال مخصوص بشرط خروجه عن كونه مدعيا وصيرورته منكرا والاكتفاء باقامة البينة على تلف مال الدعوى خاصة بل تلف مال ما على وجه يحتمل كونه مال الدعوى وغيره لانقطاع استصحاب بقاء ما كان بيده من المال بذلك ايضا فيجب ان تصل بعد بيمينه لكونه منكرا ح اذ لا استصحاب حتى تكون دعواه مخالفة للاصل بل هي موافقة لاصل العدم والاشهرية في ان حمل كلامهم على ارادة ذلك بعيد والزامهم بما لا يلتزمون به من توجيه اليمين مع شهادة التلف تعسف ظاهر والاصح تصريحهم بعدم اعتبار كون شهود التلف من اهل الخبرة الباطنة قرينة

على

على ارادة الشاهد على تلف المال الظاهر خاصة لما اشرنا من امكان الاطلاع على تلف المال الظاهر والباطن مطلقا من غير جهة المعاشرة والملازمة ومع ذلك فلا وجه لجزمه بسقوط اليمين مع البينة على الاعسار باعتبار استنادها الى الخبرة والمعاشرة وانه اقصى ما يمكن اعتباره شرعا في التفحص فان الخبرة والمعاشرة ان اوجبت الاطلاع على انتفاء الملك ظنا كما يظهر منه في توجيه كلام الاصحاب فينبغي عدم قبول البينة المستند اليها مطلقا ولو بانضمام اليمين لاعتبار الجزم في الشهادة تحملا واداء وان اوجبت القطع بانتفاء الملك كما هو مقتضى الشهادة فيمكن ان تكون اليمين على وجه الاستظهار حيث ان الطريق الى المشهود به وهو نفي الملك حدسي لا يدفع الاحتمال الخفي الا انه لا دليل بالخصوص هنا على يمين الاستظهار فيشكل لزومها وربما حمل كلام الموجبين لليمين هنا على ارادة عدم التعويل على بينة الاعسار لكونها بينة نفي لكنها تفيد ظهور صدق المدعي للاعسار فيقدم قوله بيمينه ترجيحا للظاهر هنا على الاصل كما في دعوى الزوجة الدخول مع الخلوة وهو غريب فان كلامهم صريح في قبول البينة واعتبارها ولذا اعتبروا فيها الاستناد الى المعاشرة والخبرة المطلعة على الحال مع ان تقديم الظاهر على الاصل مقصور على موارده فلا وجه للتعدية ويظهر لي ان مرادهم من اليمين هنا هو ان للغرماء قيام هذه البينة ادعى مالا عنده قد خفي على البينة ولا يبعد سماع ذلك فلهم احلافه على نفي هذا المال كما هو ظاهر المحقق في الشرائع حيث قال وللغرماء احلافه دفعا للاحتمال الخفي وح فيمينه يمين انكار لا يمين استظهار فتدبر اذا عرفت هذا فينبغي التنبيه لامور الاول ان ظاهر الاصحاب ان اشتراط اطلاع البينة على باطن الامر بالمعاشرة مختص بما اذا شهدت على مطلق الاعسار ويظهر من الروضة اشتراط ذلك ولو مع الشهادة على التلف الا ان يكون ماله منحصرا في اعيان مخصوصة فيكفي اطلاعها على تلفها وفيه مع انه مخالف لما عليه الاصحاب ظاهرا انه لا موجب لذلك في الشهادة على تلف المال اذ المعتبر الجزم بالشهادة وهو ممكن

حصوله بدون المعاشرة وانما اعتبر في شهادة الاعسار لتحصيل الشهادة على اثبات الاعسار والتلف
مع اشتراكهما كما اوضحناه فلا موجب لاعتباره في غيره ومنه يظهر ضعف ما فرق به في جامع
المقاصد بين شهادتي الاعسار والتلف مع اشتراكهما في اعتبار اطلاع البينة على باطن الحال
ان الاولى يعتبر فيها مع ذلك اطلاع الحاكم على اطلاعها بخلاف الثانية اذا شاهد على
هذا الفرق الا ان يلتزم بما ذكرنا من توقف الاثبات المشهود به بينة الاعسار على اطلاع
البينة وح فيعتبر اطلاع الحاكم على اطلاعها بخلاف بينة التلف وح فيتوجه عليه المنع من توقف
بينة التلف وحصول العلم على ما ذكر من الاطلاع الثاني حيث يعتبر اطلاع البينة والحاكم
على اطلاع البينة ففي اكتفاء الحاكم باخبار البينة باطلاعها او اعتباره ببينة اخرى تشهد باطلاعها
وجهان اقربهما الاكتفاء باخبارها الثالث قال في الروضة ويعتبر في الاولى اي بينة الاعسار
مع الاطلاع على باطن امره بكثرة مخالطته وصبره على ما لا يصبر عليه ذوو اليسار عادة ان
تشهد باثبات يتضمن النفي لا بالنفي الصرف بان تقول انه معسر لا يملك الا قوت يومه وثياب بدنه
ونحو ذلك وهل يتوقف ثبوته مع البينة مط على اليمين قولان وانما يحبس مع دعوى الاعسار
قبل اثباته لو كان اصل الدين مالا كالقرض او عوضا عن مال كثمن المبيع فلو انتفى الامران
كالجناية والاتلاف قبل قوله في الاعسار بيمينه لاصالة عدم المال وانما اطلق المص اتكالا على
مقام الدين في الكتاب انتهى وفيه مواضع للنظر منها قوله بان تقول انه معسر لا يملك الخ فان
هذا لا يصير الشهادة بينة اثبات والا لاكتفي بقولها انه معسر اذ لا معنى للمعسر الا من لا يملك
شيئا الا قوت يومه فالظاهر انه لا يتحقق الاثبات الا بشهادتها على اطلاعها على حاله
واختبار احواله وانها قد وجدته على حالة لا يصبر عليها غير المعسر ومنها قوله وهل يتوقف
ثبوته مع البينة مط على اليمين قولان واراد بالاطلاق ما يعم بينة الاعسار والتلف مع
انه لا قائل باليمين مع بينة التلف والاعسار جميعا بل الاقوال ثلث ثبوت اليمين مع بينة

الاعسار

الاعسار دون التلف وعكسه وسقوط اليمين معهما ويمكن ارادة القولين في كل من البينتين
لا على الاجتماع والامر هين ومنها اعتذاره عن المص حيث اطلق وجوب حبس المديون وان
ادعى الاعسار حتى يثبت بانه اراده حيث تكون الدعوى مالا وانما اطلق اعتمادا على مقام
الدين ففيه انه اراد المص من الثبوت ما يعم الثبوت بالبينة او اليمين وح فيصح اطلاق
المص ان مدعي الاعسار يحبس حتى يثبت فان المديون يحبس مطلقا وان ادعى الاعسار
الا ان يثبت اعساره بالبينة ان كانت الدعوى مالا او اليمين ان لم تكن وكون القول قوله
في دعوى الاعسار لا يمنع من حبسه لو امتنع من اليمين في تلك الحال كما انه لو كانت الدعوى
مالا وكانت معه بينة على الاعسار لم يحبس وانما يحبس مع تاخر البينة وعدم حضورها
قوله فان ثبت اعساره خلي سبيله وعن علي ع ان شئتم اجروه وان شئتم استعملوه
وهو يدل على وجوب التكسب واختاره ابن حمزة والعلامة في المختلف ومنعه الشيخ وابن ادريس
والاول اقرب المراد من تخلية سبيله عدم حبسه سواء وجب التكسب عليه او لم يجب وفي الروضة
ما يفيد ان معنى تخلية السبيل انه لا يجب عليه التكسب وهو مع انه خلاف المفهوم منه عرفا
لا يلائم حكم المص اخيرا بوجوب التكسب وكيف كان فلا خلاف في ان من ثبت اعساره
وجب انظاره لقوله تع وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولقول الصادق ع في خبر
غياث عن الباقر ع ان عليا ع كان يحبس الرجل فاذا تبين له افلاس وحاجة خلى سبيله
حتى يستفيد مالا وغير ذلك بما ورد من الحث على انظار المعسر والامر به ومقتضاه
عدم وجوب التكسب عليه فضلا عن الزامه به ودفعه الى الغرماء ليؤجروه او يستعملوه
كما هو المشهور بين الاصحاب بل عن ط نفي الخلاف عن انه لا يجب عليه قبول الهبة والوصية و
الاحتشاش والاحتطاب والاغتنام وعن التذكرة الاجماع على عدم جواز مطالبته وملازمته
وحبسه وعللوا عدم قبول الهبة ونحوها بما فيها من تحمل المنة وبعض ذلك لا ينفعه

الحجر لا تعلق ما لا ولذا لا تضمن بالفوات وانما تكون عارية بالاجارة قبلها فلا يتعلق بها حق للغرماء
وح فلا يكون وفاء الدين واجبا مع المطالبة الا مع اتفاق اليسار لكن ورد في خبر السكوني عن
الصادق عن الباقر عليهما السلام ان عليا ع كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال اعطى الغرماء وان
لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول اصنعوا به ما شئتم ان شئتم آجروه وان شئتم استعملوه
وفي خبر عن الرضا ع قال في اخر يسعى له في ماله فيرده عليه وهو صاغر ومقتضاه وجوب السعي
عليه في نفسه وتسلط الغريم على الزامه بالسعي والتكسب ولو باجارة نفسه واستعماله وهو خيرة ابن
حمزة والعلامة في المختلف والمحقق هنا وفي الدروس والفاضل الشارح وقواه في جامع
المقاصد الا انهم بين مطلق لوجوب التكسب ومقيد له بما اذا كان من عادته او بما يليق به او
بما لا يستضر به معللين وجوب الاكتساب مع القدرة عليه بوجوب قضاء الدين مع المطالبة
والقدرة على الوفاء والمكتسب قادر ولذا تحرم عليه الزكوة فلا يكون مندرجا فيما دل على انظار
المديون المعسر من اية او رواية لعدم الاعسار وهو قوي لولا ضعف الخبر المذكور ومخالفته
للاصل والشهرة وما سمعته عن ط من نفي الخلاف الظاهر في كونه بين المسلمين عن عدم وجوب قبول
الهبة والوصية والاحتطاب والاحتشاش والاغتنام ومن التذكرة من الاجماع على عدم
جواز مطالبته وملازمته وحبسه وما اشرنا اليه من الاية والروايات الامرة بانظار المعسر
الى حصول اليسار اذ الحقيقة للمعسر لغة وشرعا الاعم من فقد المال وتعسر الوفاء عليه سواء امكن
من الاكتساب او لم يتمكن كان من عادته الاكتساب او لم يكن فان ذلك لا يخرجه عن تعسر الوفاء
لعدم المال ومنع المكتسب من الزكوة حيث يفي كسبه بمؤنته لدليل الحاقه بالغني في المنع لا
لعدم اتصافه بالاعسار وح فلا وجه لمطالبته وملازمته فضلا عما دل عليه الخبر من اثبات الولاية
للغريم عليه باجارته واستعماله كما في السرائر مخالف لاصول مذهبنا ولحكم التنزيل
ضرورة منافاته لكلما دل على التاخير والانظار الى حصول اليسار نعم قد يقال بوجوب السعي عليه

والاكتساب

والاكتساب لوفاء دينه وان لم تحل مطالبته بذلك وملازمته نظرا الى ان وجوب وفاء الدين
مطلق غير مقيد بحصول اليسار فاذا قدر عليه ولو بتحصيله بالاكتساب وجب ولا ينافيه وجوب الانظار
الى الميسرة فانه لا يدل على عدم وجوب تحصيلها لوفاء الدين الواجب مطلقا احتمال عدم
وجوب وفاء الدين قبل المطالبة ممنوع بل هو واجب مطلقا الا انه تجب المبادرة اليه بالمطالبة
فيعصي بالتاخير كما هو مفاد النصوص والفتاوي **قوله** وانما يحجر على المديون اذا قصرت
امواله عن ديونه لا خلاف في اشتراط قصور ما عدا المستثنيات من امواله على الديون في جواز التحجير
فلو لم تكن قاصرة فلا تحجير عليه وان امتنع من الوفاء او ظهر عليه امارات الفلس كتناوله
من راس المال بل يلزم بالوفاء فان ابى تخير الحاكم بين حبسه ليوفي بنفسه وبين بيع ماله قهرا
ان لم يكن مجانسا للدين ولو تصرف المالك بها قبل وفاء الحاكم منها نفذ تصرفه لانتفاء
الحجر والمراد من امواله ما يعم الاعيان والديون والمنافع ومنها معوضات الديون وارجاع
لا رباب بها انتزاعها بعد الحجر الا انها قبله من امواله يعتبر زيادتها ونقصها عن الديون في التحجير
وعدمه ولا فرق بين امواله الحالة والمؤجلة والحاضرة والغائبة وان لم يكن متمكنا من
دفعها للغرماء فعلا او كان له مال مغصوب او مجحود ففي احتسابه وجهان **قوله** وطلب
الغرماء الحجر انما يجوز الحجر مع طلب الغرماء لكون الحق لهم فلا تحجير مع عدمه للاصل و
لو كانت الديون لمن للحاكم الولاية عليه كالايتام جاز الحجر لقيام ارادته الحجر مقام طلب
الغرماء من حيث الولاية وحجره من حيث الحكومة ولا فرق بين طلب الغرماء كلا او بعضا
حيث يكون دين البعض الطالب يزيد على اموال المديون وان عم التحجير له ولغيره وعن
التذكرة جواز التحجير بمطالبة البعض مطلقا ويدفعه الاصل ولو طلب المديون الحجر عليه لم يجز
للاصل السالم عن المعارض عدا خبر معنا وهو على الحجر فيه وان استقرب في التذكرة
الجواز **قوله** تشترط حلول الدين الوجه في اشتراط حلوله ظاهر وهو عدم استحقاق المؤجل

قبل حلول اجله فليس له المطالبة وح فالمعتبر قصور امواله عن الديون الحالة فلو وفت بها فلا تحجير
وان قصرت عن المجموع ولا تحل المؤجلة بالحجر ولو حلت قبله فهو من الديون الحالة و
لو قلنا بحلولها بالحجر اعتبر قصور المال عما حل قبله وقد سلف ان حلولها قبل القسمة موجب
للمشاركة وان كان المعتبر قصور المال عما حل قبل الحجر قوله ولا يباع داره ولا خادمه ولا ثياب
تجمله وظاهر ابن الجنيد بيعهما واستحب للغريم تركه والروايات متظافرة بالاول يجب على المديون
دفع جميع ما يملكه في وفاء الدين عدا دار سكناه وخادمه للنص والاجماع بقسميه وخلاف
الاسكافي شاذ وما في بعض الاخبار من قول علي ع لشريح فبع العقار والديار فاني سمعت
رسول الله ص يقول مطل المؤسر ظلم للمسلمين وان لم يكن له عقار ولا دار ولا مال فلا سبيل
عليه محمول على التقية لان بيعهما مذهب العامة او على المؤسر المماطل او على غير دار السكنى و
الحق جماعة بذلك فرس الركوب وادعى الاجماع في الغنية على استثناء دابة للجهاد ولا خلاف
في استثناء ثياب المحتاج اليها وقوته وكسوة عياله الواجبي النفقة عليه للضرورة ولا في
استثناء قوتهم من ابتداء الحجر الى يوم القسمة لذلك والظاهر استثناء كل ما في بيعه ضرر وعسر
وحرج على المديون لنفي الضرر والعسر والحرج في الشريعة ولصدق المعسر على من لم يجد
غير الضروريات لان المراد من العسرة في الكتاب معنى الضيق والشدة عليه لو اراد الوفاء وهو
متحقق اذا لم يتمكن من غير الضروريات ولظاهر الاجماع المحكي في التذكرة حيث قال شرط الاخذ
عندنا ان لا يكون مما يحتاج اليه المفلس في ضروريات معاشه ويعضده التعليل في صحيح
الحلبي الوارد في الدار والخادم قال لا تباع الدار والجارية في الدين لانه لا بد للرجل من
ظل يسكنه وخادم يخدمه واتفاق الاصحاب ظاهرا على التعدية في الاستثناء الى غير
الدار والخادم في الجملة مع خلو النصوص عن غيرهما وان اختلفوا في عدد المستثنى الا ان
المناط الضرورة على ما يستفاد من كلماتهم حتى نقل عن بعض استثناء الكتب العلمية كما

استثنى

استثنى ذلك من الاستطاعة في الحج وهو غير بعيد مع الاحتياج اليها فان الضرورة الدينية
اعظم من الدنيوية والظاهر ان المدار على الضرورة من حيث الاحتياج لا من حيث الشرف
على ان لا يكون بحيث لو اخذ منه لادى الى نسبته الى الدناءة ونقص المروة او الى الاخلال في
معيشته فلا يبعد استثناؤه ايضا على نحو ما سلف في الاستطاعة والفرق في الضرورة
والاحتياج بين ما كان بحسب الضعف او بحسب الشخص فلا يؤخذ منه ما يضطر اليه في مشيه
من دابة او عكاز كما يلحق بنفقته ما اعتاده من قهوة او تنباك او ترياق للعسر ونفي الضرر
فظهر ان المستثنيات غير منحصرة في عدد مخصوص وان المدار على صدق الاعسار الصادق
على من لم يتمكن من غير الضروريات المختلفة بحسب اختلاف الاشخاص والاوقات ولعل التنصيص
في الاخبار على خصوص الخادم والدار لامكان الاستغناء عنهما في الجملة وظهور الاحتياج وعدم م
اليهما على وجه يزاحم حق الغرماء ولذا لو لم يكن له دار وخادم لم يستثن له قيمتهما على الاشهر
الاظهر خلافا للتذكرة فيكون التنبيه عليهما بالخصوص في النص والفتوى من التنبيه بالادنى
على الاعلى ولذا علل استثناؤهما بالابدية والاحتياج فيهما فرض الاحتياج الموجب
لصدق الاضطرار اليه عادة لزم استثناؤه لحديث الضرر واذا تقرر هذا فيجب التنبيه لامور
الاول يعتبر في الدار احتياجه لسكناها ولياقتها لحاله كما وكيفا كما يعتبر نحو ذلك في
الثياب والخادم فلو انتفت الحاجة فلا استثناء وفي سقوط الاستثناء باندفاع
الحاجة ببعض الاوقات الخاصة وبالاستغناء بخدمة ام الولد عن المملوك وجه ولو احتاج
الى المتعدد استثنى كالمتحد ويباع ما زاد عن حاجته من المتعدد ومن الدار الواسعة التي لا
تليق بحاله لسعتها وقلة عياله ولو كان عنده نفايس المستثنيات فان كانت لا تليق بحاله
لم يلزم بيعها واستبدالها باقل منها وان كان الاقل لا يليق بحاله والا وجب بيعها وصرف
ما زاد عن قيمة ما يليق بحاله في ديونه ويحتمل صرف الجميع كما لو تبرع ببيعها وعن التذكرة

عدم لزوم بيع النفايس مطلقا للاصل واطلاق المنع من بيعها والذى وجدته فى باب
الدين تقييد بما اذا كان الاعلى لائقا بحاله ومما ذكرناه يعرف ان اللازم فى الثياب
الاقتصار على اقل ما تندفع به الضرورة فاستثناء ثياب التجمل كما فى العبارة او دست
من الثياب كما فى غيرها غير صحيح وينبغى الجزم بعدم استثناء ما كان من حلى النساء
مط وان كانت من اهل الشرف والاعتياد وكذا لا يستثنى ما كان من الفرش كالبساط
والحصار والبوارى الا ما يفرض الاضطرار اليه بحيث لا يتمكن من غيره فيقتصر على اقل ما
تندفع به الضرورة وكذا الحال فى الاوانى والظروف والظاهر الحاق بيوت الاعراب
من الشعر والقصب بالدار فى المنع من بيعها الثانى الاوفق فى المستثنيات بين ان تكون
اعيان مال الغرماء او غيرها على ما يقتضيه اطلاق فتاوى الاصحاب بل لعله ظاهر التذكرة
والمسالك الاجماع وانما نسب الخلاف فى الاول الى احمد لكن فى التحرير كما عن حواشى
المص الاستشكال فى ذلك قيل ولعل وجهه تعارض العمومين بل ربما كان عموم الاستثناء
ظاهرا فى غير محل الفرض فيكون دليل الفسخ بلا معارض قلت دليل الفسخ مقيد بما بعد الحجر
ودليل الاستثناء مطلق ولا تنتزع الاعيان من يده قبل الحجر كما لا تباع فيكون حق المالك
المديون سابقا على حق الغريم والحجر انما تعلق بما عدا المستثنيات فلا وجه لفسخها كما لا وجه
لبيعها ولا يجرى تعلق حق الغريم به مجرى تعلق حق المرتهن بها كما لا يخفى الثالث لو لم تكن
اعيان المستثنيات موجودة لم يستثن له قيمتها عدا النفقة له ولعياله الواجبى النفقة وكسوتهم
خلافا للمحكى من ظاهر التذكرة حيث قال ان كلما يترك له اذا لم يوجد فى ماله اشترى له وهو
مشكل لعدم انصراف ادلة استثناء الاعيان الى قيمتها والاصل عدم التخصيص ولو قدر
على تحصيل المستثنيات بالاكتساب لم يسقط الاستثناء الرابع يستثنى من الدين ايضا كفن
الميت نصا واجماعا وكذا تجهيزه من سدر وكافور وماء غسل وكفن زوجته وتجهيزها

لكونه

لكونه من الانفاق اولان المناط الحاجة والضرورة والاحتياج الى مثل ذلك اعظم من النفقة
الخامس الاوفق فى استثناء المستثنيات ولزوم انظار المعسر بين انفاق الدين فى
طاعة الله او فى معصيته ولا بين كون الدين لمعين او غير معين كالزكوة والخمس والكفارة
والنذور ولا بين الغاصب والمتلف وغيرهما على ما يقتضيه اطلاق النصوص والفتاوى
ولا يندرج فى ذلك الحج لو اخره عن عام الاستطاعة لظهور ادلته فى لزوم تحصيله مط و
فى بعض النصوص الضعيفة عن الرضا ما يدل على التفصيل بين الانفاق فى الطاعة و المعصية
فيلزم الانظار فى الاول دون الثانى وعن الصدوق العمل بذلك وهو غير صحيح نعم لو قيل
بجواز مطالبة المعسر لو كان الدين فى نفسه معصية كالسرقة والغصب لم يكن بعيدا عن
الصواب قوله القسم الثانى دين العبد لا يجوز التصرف فيه ولا فيما بيده الا باذن السيد اما
عدم جواز تصرف العبد فيما بيده من الاموال بدون اذن السيد فمما لا خلاف فيه ولا اشكال
فان ما بيده اما ملك للسيد او محجور عليه كما مر ولا يجوز له التصرف بنفسه فى غير ما جرت العادة
باغتفاره من ضروريات تعيشه وحركات بدنه ونحو ذلك مما قضت السيرة فيه بعدم التوقف
على اذن المالك قوله القسم الثانى دين العبد اى المملوك عبدا كان او امة قنا كان
او متشبثا بالحرية كالمدبر وام الولد وفى اندراج المكاتب بقسميه فى هذا القسم نوع
خفاء لعدم منعه من التصرف بما يتعلق بالاكتساب فلا تثبت له الاحكام الآتية الا ان
يجعل عقد الكتابة من المالك اذنا فى الاستدانة وغيرها وكذا الحال فى المبعض فان له
الاكتساب وان كان ما يكتسبه مشتركا بينه وبين مولاه الا مع المهاياة فان لسيده المنع
من التصرف فى نوبته قوله لا يجوز التصرف فيه ولا فيما بيده الا باذن السيد اما عدم جواز
تصرفه بما فى يده من المال فلكونه لسيده فلا يجوز له التصرف فيه الا باذنه كما لا يجوز له التصرف
فى نفسه باستيجار ونحوه بدون الاذن ولو قلنا بملك العبد فلا يجوز ايضا لكونه محجورا

عليه فلو تصرف بدون الاذن بقي موقوفا على اجازة المالك واما عدم جواز تصرفه في الدين
اي الاستدانة للحجر المستفاد من نفي القدرة له على شيء كما ليس له الشراء في الذمة ونحوه
الا باذن المالك او اجازته وظاهر الاصحاب عدم الخلاف في ذلك وانما حكي في التذكرة
عن بعض الشافعية القول بصحته لكونه بالغا رشيدا وان كان لا يملك شيئا فاذا تصرف
في ذمته على وجه لا يتضرر به السيد كان كالحر المعسر ومرجعه الى منع الحجر عليه في تصرفه في الذمة
وهو تخصيص لعموم نفي قدرته على شيء من الكتاب والسنة من غير مخصص ولذا كان المعروف
منعه من الضمان التبرعي وان حكي عن التذكرة جوازه مع ان معاملته على ما في الذمة لشراء
او استقراض ان كانت على وجه يتبع به قبل العتق فلا ريب في معارضته لحق المولى و
تضرره وفساد كل ما ادى الى ضرره وان كان يتبع به بعد العتق لو فرض حصوله فهو سفه من المعاملة
فلا ينبغي جوازه ومما ذكرنا يعرف بطلان دعوى كالتبرع عن الغير في عقد من العقود لعموم منعه
من سائر التصرفات بنفسه عدا ما اقتضته السيرة من اعتماد ضروريات تعيشه وحركات
اعضائه ومكالمته مع الغير على وجه لا يؤدي الى تفويت حق المولى واحتمال ان لا
في العقد من الكلام الغير الممنوع ممنوع فتامل قوله فلو استدان باذنه فعلى المولى وان اعتقه
اذا استدان العبد بدون اذن السيد تبع به بعد العتق ان لم تكن العين قائمة او اتلفها
المولى او غيره واما اذا استدان باذنه فعلى سيده ما لم يعتقه وان اعتقه فالمشهور انه كذلك و
ذهب الشيخ في نهاية الى انه في ذمة العبد وتبعه ابن البراج وابو الصلاح مستثنيا ما اذا
كانت الاستدانة للسيد فانه يلزمه القضاء على ما حكاه في المختلف ومنه يظهر ان محل
موضع الخلاف الاذن في الاستدانة مطلقا سواء اذن له بان يستدين لنفسه او لسيده
كما يقتضيه اطلاق عبارة الشيخ وغيره ولا معنى للاستثناء والتفصيل من ابي الصلاح
فما في الروضة والمسالك من انه لو كانت الاستدانة للمولى فهو عليه قولا واحدا

منظور

منظور فيه وان وافقه في ذلك غيره فمحل الخلاف على ما اذا اذن له في الاستدانة
لنفسه ونسبة ذلك ايضا الى العلامة في المختلف وهم وان كان المحرر فيما لو اذن
له في الاستدانة لمولاه الزام المولى مطلقا باعه او استبقاه او اعتقه لكونه بمنزلة الوكيل
في الاستدانة لكن لا استبعاد للقول بالزام العبد لكونه المستدين على ذمته وهي بحكم
اموال المملوكة لمولاه ولذا كان محجورا عليه في التصرف بها فلو صرح له المولى بذلك
بان قال استدن لي على ذمتك لم يكن ممتنعا فكذا لو اطلق له الاستدانة له والاقوى
ما عرفت من فهم التوكيل من اطلاق الاذن في الاستدانة للمولى بل لو صرح بكون
المشغول هو العبد وان المال متعلق للمولى كان اذنا في دين فاسد فان مقتضى الدين
وجوب تاديته على من انتقل اليه لا على غيره ولا فرق بين العبد والاجنبي في ذلك فلا اشكال
في الزام المولى لو كانت الاذن مقصورة على الاستدانة للمولى او لمصالح العبد الواجبة
على المولى كالانفاق على العبد بالمعروف او لمصالح التجارة الماذون فيها لفهم التوكيل و
الاستنابة في جميع ذلك اما الماذون له بالاستدانة لنفسه في غير ذلك فمقتضى الاصل براءة
ذمة المولى من دين العبد لعدم فهم التوكيل والنيابة من مجرد الاذن بالاستدانة سيما لو
صرح بالاذن في استدانته على ذمته فان فائدة الاذن ح لا تكون سوى دفع الحجر عنه في
التصرف بذمته كرفع الحجر عن السفيه والمفلس الماذونين في التصرف الا ان المعروف بين
الاصحاب الزام المولى به لو اذن له مطلقا باعه او اعتقه بلا خلاف فيه في غير صورة العتق
عملا باطلاق صحيحة ابي بصير عن ابي جعفر ع في الرجل ياذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه
دين قال ان كان اذن له ان يستدين فالدين على مولاه وان لم يكن اذن له ان يستدين فلا شيء
فالدين على المولى او يستسعى العبد في الدين لكن في خبر عجلان عن الصادق ع في رجل اعتق
وعليه دين قال دينه عليه ولم يزده العتق الا خيرا وفي خبر طريف بياع الاكفان عنه ع انه سئل

عن غلام كنت اذنت له في الشراء والبيع فوقع عليه مال الناس فقال ان بعته لزمك وان اعتقه فالمال على الغلام وهو مولاك ونحوه المروي عنه بطريق اخر والتعارض بينهما و
بين الصحيح المتقدم في الماذون بالاستدانة عموم من وجه فان مقتضى الصحيح ان الاذن مناط
ضمان المولى باعه او اعتقه ومقتضى الخبرين ان العتق مناط ضمان العبد اذن له المولى
او لم يأذن وحمل الخبرين على صورة عدم الاذن ينافيه التفصيل بين البيع والعتق و
احتمال ان ضمان المولى بالبيع مع عدم الاذن للحيلولة بينه وبين اصحاب الدين ممنوع
اذ لا حيلولة بعد فرض تعلقه بذمة العبد وانه يتبع به بعد العتق والاولى حمل الخبرين
على صورة الاذن بالاستدانة للتجارة وح فيلزم تقييد اطلاق ضمان المولى في الصحيح
بغير صورة العتق لكن لا نهوض للخبرين في تقييد اطلاق الصحيح لضعفهما سندا ودلالة و
مخالفتهما للشهرة والاطلاق بعض النصوص القاضية بان الضمان على المولى مط وان
لم يأذن ولما قيل من انهدام الاذن والتوكيل والاستصحاب ضمان المولى الثابت قبل العتق
فليتدبر قوله وليس له الاستدانة بالاذن في التجارة فيلزم لو تلف يتبع به بعد عتقه
على الاقوى وقيل يسعى فيه العبد معجلا لا ريب في ان الاذن في التجارة لا يتضمن الاذن في
الاستدانة الا مع شهادة قرائن الاحوال او قضاء العرف والعادة بذلك كما لو امره
بالاتجار من غير دفع مال اليه فانه قرينة للشراء في الذمة او توقف حل التجارة وحفظها
على الاستدانة لنفود ما في يده من المال او عدم كفايته فان الاذن في التجارة ح متضمن
للاذن في الاستدانة لكون الاذن في الشيء اذنا في لوازمه عرفا فيتعلق دينه بذمة المولى
لكونه كالنائب عنه والوكيل فيلزمه تاديته من ماله مط اما لو لم يكن ماذونا صريحا ولا
ضمنا فاستدان فان كانت العين باقية ردها الى صاحبها لبطلان الدين وان تلفت
بيده تبع بها بعد العتق ولا سبيل له على المولى مط علم المدين بعدم الاذن او لم يعلم وهذا

وهو

هو اختيار المص والاكثر ومنهم الشيخ في ير عملا باصالة برائة ذمة المولى من الدين لعدم الاذن
كما لو لم يكن ماذونا في التجارة ولو وقع التلف بيد العبد فيتعلق الضمان به والموجب لتعلقه
بذمة المولى واختار في ير استسعاء العبد به معجلا ووافقه ابن حمزة فيما اذا لم يعلم
المدين بانه غير مأذون وفي هذا القول مخالفة للقواعد الشرعية من وجهين من جهة
على المولى والفرض انه لم يأذن ومن حصر وفائه قبل العتق بالاستسعاء دون غيره
من اموال سيده لكن ورد في جملة من النصوص ما يدل على استسعاء العبد بدينه كصحيح
ابي بصير المتقدم وخبر روح بن عبد الرحيم عن الصادق في رجل مملوك استتجره مولاه
فاستهلك مالا كثيرا فقال ليس على مولاه شيء ولكنه على العبد وليس لهم ان يبيعوه لكن
يستسعى وان حجر عليه مولاه فليس على مولاه شيء ولا على العبد وموثق وهب عن ابي
جعفر في مملوك يشتري ويبيع قد علم بذلك مولاه حتى صار عليه مثل ثمنه قال يستسعى
فيما عليه الا ان الصحيح احترز فيما عدا الصحيح بذلك في صورة عدم الاذن ويمكن حمله على صورة
الاذن ليكون الاستسعاء برضى الطرفين كما يمكن حمل الجميع على صورة عدم الاذن ويكون
الوفاء بالاستسعاء مشروطا برضى المالك ولعل في قوله وان حجر عليه مولاه اشارة
الى ذلك وبنى الفاضل الشارح على ان الدين هنا لمصالح التجارة وان وفائه
منحصر بما في يده واستسعائه ان قصر وان يلزم المولى من غير ذلك ومرجعه الى حمل
الاخبار على صورة الاذن الضمنية وان الوفاء ح منحصر بما ذكر وهو كما ترى فانه مع مخالفته
لصريح قوله وان لم يأذن لا يظهر وجه للفرق بين الصريحة والضمنية في تعيين الدين
في الاولى لذمة المولى مط وتعينه في الثانية لبعض امواله وليس هذا باولى من حمل
الشيخ على صورة عدم الاذن في الاستدانة مط لكن الاذن في التجارة اوجب الحكم
بالاستسعاء للغرور بالاذن في التجارة وان كان المنع من الغرور متوجها سيما لو علم بعدم

الاذن فلذا فصّل ابن حمزة والاقوى ما عليه الاكثر من عدم الرجوع على المولى مطلقا مع انتفاء الاذن مط وحمل النصوص المذكورة على بعض ما اشرنا اليه او غيره مما لا يخالف القواعد الشرعية والا فتعين اطراحها قوله ولو اخذ المولى ما اقترضه المملوك تخير المقرض بين رجوعه على المولى وبين اتباع العبد بعد العتق واليسار لا اشكال في هذا التخيير لفساد القرض بدون الاذن وثبوت كل من العبد والمولى على المال بغير حق فان كان الرجوع قبل التلف فله الزام ايهما شاء باحضار العين وبالمثل او القيمة عند تعذر الرد وان كان بعد التلف رجع على ايهما شاء بالمثل او القيمة عند تعذر الرد فان رجع على المولى قبل عتق العبد لم يرجع المولى على العبد وان اعتق لعدم تعقل ضمان العبد لمولاه اذ لا يثبت له على ماله مال وان رجع عليه بعد عتق العبد رجع المولى عليه ان استقر التلف بيد العبد او كان المولى مغرورا بقبضه بان ادعى العبد انه ماله والا فلا رجوع وان رجع على العبد بعد عتقه ويساره رجع على المولى ان استقر التلف في يده و لم يكن مغرورا والا فلا رجوع واحتمال عدم رجوع المولى لو رجع عليه بعد عتق العبد نظرا الى ان الثبوت انما كان حال الرقية التي لا يتعقل معها الرجوع كاحتمال عدم رجوع العبد بعد العتق لو رجع عليه لتعلق الحق بذمته حال الرقية يدفعهما منع ثبوت حق الرجوع قبل الرجوع عليه

قوله كتاب الرهن وهو وثيقة للدين قد فسر الرهن لغة بالحبس ومنه قوله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وبالثبوت والدوام ومنه قولهم نعمة راهنة ومقتضى تعريف المص وغيره من الاصحاب له بالوثيقة انه بمعنى العين المرهونة كما هو الشائع من اطلاقه على ذلك عرفا وهو مغاير للمعنى المصدري لغة فينبغي ان يكون من المنقولات ومعنى الحبس هو الانسب بالنقل عنه فيكون الرهن بمعنى العين المحبوسة لوفاء الدين لاحبسها كذلك وفي كون النقل شرعيا او عرفيا وجهان اظهرهما الثاني ويحتمل التسامح في تعريفه بالوثيقة ويراد به الاستيثاق والحبس المخصوص او العقد المفيد لذلك كما هو الانسب بعده من العقود والامر فيه هين وليس الغرض من تعريفه ماذكر سوى

هنا كتاب الرهن

الاشارة

٣٣

الاشارة الى المراد منه وتميزه في الجملة على سائر العقود لا التعريف بالكنه والحقيقة ولا يرد عليه ان التخصيص بالدين مناف لما عليه المص وجماعة من جواز الرهن على الاعيان المضمونة كالمغصوب والمقبوض بالسوم وللعارية المضمونة وعلى درك المبيع او الثمن مع امكان ان يراد من الدين ما يعم المحقق والمقدر كما لا يرد عليه صدقه على الاستيثاق بالعارية والوديعة ونحو ذلك مما يمكن اخذه مقاصة لو امتنع المديون من الوفاء للمنع من صدق الوثيقة الا على الدين على مثل ذلك ولا اثر للمناقشة اللفظية من حيث الاخبار بالمؤنث وهو الوثيقة عن الضمير المذكر للمنع من كون التاء للتانيث لاحتمال النقل كما في تاء الحقيقة ولان مرجع الضمير مذكر لفظا ومؤنث معنى فلا مانع من الاخبار عنه بالمؤنث باعتبار المعنى قوله والايجاب رهنتك او وثقتك او هذا رهن عندك او على مالك وشبهه يستفاد من العبارة ونظائرها ما هو صريح بعض الاصحاب من الاكتفاء في صيغ الرهن بكل ما قصد به عقد الرهن من الالفاظ من غير اعتبار لفظ مخصوص فلذا صرحوا بجواز عقده بالجمل الاسمية كهذا رهن او وثيقة عندك ونص في التذكرة والدروس على جوازه بغير العربية مع امكانها وفي الاخير على جوازه بلفظ الامر بان يقول خذه على مالك او بمالك فهو رهن ولو قال امسكه حتى اعطيك مالك فاراد الرهن جاز ولو اراد الوديعة او اشتبه فليس برهن وعلل ذلك في المسالك بان الرهن ليس على حد العقود اللازمة لانه جائز من طرف المرتهن فترجح جانب اللزوم ولزوم ما يعتبر في اللازم ترجيح من غير مرجح خصوصا مع ما سلف من الكلام على ما ذكروه في العقد اللازم وفيه ان تغليب جانب الجواز ليس باولى من تغليب جانب اللزوم الحاصل من قبل الراهن بل تغليب اللزوم اولى لاصالة عدم ترتب السبب وعدم لحوق احكام الرهن الا في موضع اليقين ولا اقل من عدم تغليب احد الجانبين واعطاء كل حكمه فيقتصر في الايجاب على المتيقن ويكتفي بكل ما دل على القبول قوله والايجاب رهنتك ووثقتك

او هذا رهن عندك او على مالك ونحوه وتكفي الاشارة في الاخرس او الكتابة معها فيقول
المرتهن قبلت ونحوه ويظهر من كثير من الاصحاب ان الرهن لا يعتبر في ايجابه وقبوله ما يعتبر
في غيره من العقود اللازمة كالبيع ونحوه من الفعلية والماضوية والصراحة والعربية
والاقتصار على لفظ مخصوص بل يكتفي فيه بكلما قصد به عقد الرهن وافادة من الالفاظ
حتى صرح في التذكرة والدروس بجواز عقده بغير العربية مع الاختيار وزاد في الدروس
جوازه بلفظ الامر بان يقول خذه على مالك او بمالك فهو رهن قال ولو قال امسكه
حتى اعطيك مالك فاراد الرهن جاز ولو اراد الوديعة او اشتبه فليس برهن واتفق الجميع على
جوازه بالجمل الاسمية بان يقول هذا رهن عندك او وثيقة على مالك ونحو ذلك قال الفاضل
الشارح وانما لم ينحصر هذا العقد في لفظ كالعقود اللازمة والغى الماضي لانه جائز من طرف
المرتهن الذي هو المقصود الذاتي منه فغلب فيه جانب الجائز مطلقا ولا يخفى ما في هذا التعليل فان
جانب الجواز في طرف المرتهن معارض بجانب اللزوم في طرف الراهن والترجيح بما ذكره من القصد
الذاتي غير معقول بل لعل الترجيح لجانب اللزوم لموافقته للاصل ولا اقل من عدم الترجيح لاحد
الجانبين فيعطى كل حكمه فيقتصر في الايجاب على المتيقن من الالفاظ ويكتفي في القبول بكل
لفظ ويمكن ان يكون وجه المسامحة في صيغ الرهن ثبوت المعاطاة فيه كما نص عليه في التذكرة
وقضت به السيرة وان استشكل في جامع المقاصد والظاهر عدم الفرق بين عقده
ومعاطاته فان معاطاة الرهن رهن بخلاف معاطاة غيره من بيع ونحوه فانها اباحة
على ما تقدم وح فلا يفتقر الرهن الى ايجاب وقبول مخصوصين بل يكتفي بكلما قصد به الرهن
من لفظ او فعل الا ان في استفادة هذا المعنى من كلام الاصحاب محل اشكال وربما استند
في الاكتفاء بكل لفظ الى عموم الوفاء بالعقود لشموله لكلما قصد به العقد من الالفاظ الا
ما علم خروجه او حصل الشك في تناوله الشهرة وغيرها وفيه ما سلف من ان العموم المذكور

منصرف

منصرف الى العقود المتعارفة ولا يتناول جميع ما قصد به العقد به من الالفاظ وان كان
بغير العربية ومن العقود المخترعة ولذلك وجب الاقتصار في عقد البيع ونحوه على المتيقن من الصيغ
والالفاظ والخصوصية للراهن في افراده من بين العقود بالمسامحة في الفاظه نعم قد يدعى ان
المتعارف في عقد الرهن اوسع دائرة من المتعارف في غيره من العقود اللازمة وهو كذلك لكنه
لا يقتضي الاكتفاء بكلما قصد به الرهن بل يقتصر على ما علم تداوله لغة وشرعا فلذا وجب ان يكون
لفظا الا مع العجز المستمر كالاخرس ونحوه فيكتفي بالاشارة المفهمة لقيامها مقام عبارته في عباداته
ومعاملاته ولا يلزمه التوكيل ولا تتعين الاشارة عليه بخصوصه وان كان الاحوط الاقتصار
على الراس والعين واليد والاصبع ولو تعذر النطق لعارض غير مستمر فالاظهر لزوم التوكيل ولا تكفي
الكتابة حتى يكتفى بالاشارة الا ان ينضم اليها ما يدل على المقصود من ان الاشارة الرافعة للاحتمال
العبثية وغيرها والاظهر تقديم الاشارة على الكتابة خلافا لما يظهر من بعض من التخيير ووجب
ان يكون بالعربية مع الامكان خلافا لما سمعته من كرة والدروس ويحتمل الاكتفاء بغيرها
للعجمي مطلقا وان امكنه النطق بالعربية والاحوط الاتيان بالعربية مع امكانها ولا يلزمه التوكيل
لو تعذر نطقه بالعربية ووجب الاقتصار على الصريح دون الكناية والمجاز وان يكون بلفظ رهنتك
او ارهنتك لانها لغة ان لم يكن شذوذها مانعا من اعتبارها او وثقتك بالتشديد لكونه صريحا
في الرهن وان يكون الفعل ماضيا ان لم يكن العقد بالجمل الاسمية كهذا رهن عندك او وثيقة
على مالك المعلوم مشروعية تداول ذلك ولو بواسطة الشهرة والعمل وما اختاره في الدروس من جوازه
بلفظ الامر غير معلوم الاندراج في المتعارف من العقود فالظاهر عدم الاكتفاء به الا بطريق المعاطاة
واما القبول فيعتبر فيه دلالته على الرضا بالايجاب كقبلت ورضيت وارتهنت ونحوها وفي اعتبار
ان يكون بلفظ او يكتفي بكلما دل على الرضا كقولك انا راض او مرتهن منك ونحو ذلك وجهان يلتفتان
الى ثبوت المسامحة في القبول لجواز الرهن من قبل المرتهن فيكتفى بكلما دل على الرضا من قول او

فعل ومن اما لزم عدم اللزوم الا بالسبب المتيقن وهو منحصر بالماضي لصراحته في الانشاء
وفي الاكتفاء باشتراط الرهن في عقد من القبول وجهان اظهرهما العدم فلو باع بشرط ان يرهن
شيئا معينا فقال المشتري قبلت ورهنت لم يكتف البائع بالاشتراط وان افاد الرضا والطلب
بل يلزمه تجديد القبول للرهن لكون الاشتراط مع كونه تقديما للقبول على الايجاب الدال الترغيب على الرضا
بهذا الايجاب المخصوص وانما تضمن الالزام بالرهانة وهو غير قبول الايجاب ولا يكفي اشتراط الغاية في
الرهن عن السبب ويعتبر في عقده ما يعتبر في غيره من المطابقة بين الايجاب والقبول وجهان واولى
بالجواز هنا لو وقع ممن هو ليس بلا اذن من طرفه قلت اما اعتبار المضي في القبول فقد عرفت الحال
فيه واما اعتبار المطابقة بين الايجاب والقبول فما لا شبهة فيه ولا مدخلية للجواز واللزوم في اعتباره
وعدم اعتباره فانه لو رهن على دين فقبله على اخر او رهن شيئا فقبل غيره او قبل نصفه على نصف
الدين مثلا او نحو ذلك مما تنتفي به المطابقة بين الايجاب والقبول لم يعتد بذلك العقد جزما كما
مر في البيع قوله فان ذكر اجلا اشترط ضبطه اي ان اشترط الراهن اجلا للتصرف بالرهن و
الاستيفاء منه اعتبر ضبط الاجل بما لا يحتمل الزيادة والنقصان فلا يجوز تعليقه على مدة
ما ولا على قدوم الحاج وادراك الغلاة ولعل الوجه في ذلك دخوله في النهي عن الغرر فان
الرهن نوع معاوضة ايض وليس تبرعا محضا او لكون الجهالة في اجل التصرف منافيا للاستيثاق
والاستيفاء المطلوب من الرهن فيكون اشتراط المجهول منافيا لمقتضى عقد الرهن بل هو اعظم
منافاة من تعليق التصرف على بيعه بثمن يرضى به الراهن او اجنبي وحيث يبطل الشرط المنافي
للعقد يبطل المشروط على الاقوى كما مر في نظائره وليس المراد من ذكر الاجل في العبارة تاجيل
الرهن اذ الخلاف في بطلانه مطلقا لكونه وثيقة للدين فلا يتوقت بوقت وانما ينتهي بالفراغ
من الدين بتاديته او ابراء فلو وقته بوقت بطل وكذا لو اشترط على المرتهن سقوط حقه من الرهانة
عند الانتهاء الى اجل معين لكونه بمعنى التوقيت المنافي لاعتبار دوام الرهن ولو اشترط عليه

اسقاط

اسقاط حقه فلا منافاة فيه لدوام الرهن الا ان الاظهر فساده لمنافاة مقتضاه من الاستيثاق
والاستيفاء الا ان يفرض عدم المنافاة كما لو اشترط عليه الاسقاط عند اجل ان لم يتصرف
قبله فتم قوله ويجوز اشتراط الوكالة والوصية له ولوارثه اي يجوز للمرتهن اشتراط الوكالة
في حفظ الرهن والاستيفاء منه ببيع ونحوه على الراهن فيجاب وان يوصي بذلك للمرتهن
ولوارثه لو اتفق موت الراهن قبله ولا اشكال في جواز هذا الاشتراط كما يجوز اشتراطه
على الراهن الاجنبي ايض لكونه من الامور السائغة شرعا فيشمله عموم الوفاء بالشروط الا
انه لا فائدة فيه ان لم نوجب الوفاء بالشرط بل جعلنا فائدة الشرط ان يصير العقد اللازم جائزا
لكون الجواز في حق المرتهن متحققا بدون الشرط ومن ذلك لا ثمرة له في الفسخ كما لا فائدة
في اشتراط الوكالة وان اوجبنا الوفاء ايض ان قلنا بعدم لزوم الوكالة هنا وبقائها
على الجواز وسياتي تحقيق ذلك عند تعرض المص لذلك قوله وانما يتم بالقبض على الاولى
بمعنى عدم تمامية الرهن بدون القبض توقف صحته عليه فانه محل الخلاف بين الاصحاب
لا عدم تحقق ماهيته بدونه وان نسب ذلك الى بعض اللغويين اذ لا ريب في تحققه مسماه
بمجرد العقد لكونه للاعم من الصحيح والفاسد على نحو غيره من العقود ويظهر من الفاضل
الشارح في المسالك والروضة ان محل النزاع في اشتراط القبض في اللزوم خاصة والا
فالصحة بدونه مما لا خلاف فيها وهو كما ترى مخالف لما عليه المشترطون قولا ودليلا لتصريح
جملة من اساطين الاصحاب كالشيخين في المقنعة في بيه وابن حمزة والطبرسي وغيرهم بتوقف
صحة الرهن على القبض مدعيا عليه في مجمع البيان الاجماع كما هو ظاهر من اطلق اشتراطه
في الرهن لتبادر اشتراطه في صحته جزما ولان ما استندوا اليه في الاشتراط من الاية و
الرواية لا يفيد سوى اعتباره في الصحة فلو كان الخلاف في اللزوم خاصة لكان القول باشتراطه
عاريا عن الدليل والذي حدا الفاضل الشارح ومن وافقه على دعوى الخلاف في اشتراطه

في اللزوم وان القائل باشتراطه لا يقول ان الرهن لا ينفع بدونه باطلا ملاحظة جملة من العبارات
المجردة لمحل النزاع كعبارة الغنية والسرائر والتذكرة وغيرها حيث فرض الخلاف فيها في توقف
اللزوم على القبض وعدمه وهو من المسامحة في العبارة والاطلاق اللزوم على معنى الصحة لاستتباعها عدم
لها حيث لا دليل على الانفكاك بينهما كما فيما نحن فيه فهو من اطلاق اللازم وارادة الملزوم
نعم في عبارة التذكرة ما يوهم ارادة اللزوم المنفك عن الصحة حيث قال ولو رهن ولم يقبض
كان الرهن صحيحا غير لازم بل للراهن الامتناع من الاقباض والتصرف فيه بالبيع وغيره لعدم
لزومه والظاهر ان مراده من صحة الرهن صحة عقده في نفسه كصحة عقد الفضولي قبل الاجازة
ولذا رتب عليها الامتناع من الاقباض والتصرف فانه انما يتفرع على ذلك لا على الصحة
المجردة عن اللزوم مع فرض عدم الفسخ وما ينسب الى الغنية والسرائر من نفي الخلاف عن
الصحة بدون القبض وان الخلاف في لزومه خاصة وهم يعرف من التامل في عبارتيهما
كما ان جعل الاقوال في المسألة ثلثة عدم الاشتراط والاشتراط في الصحة والاشتراط في
اللزوم دون الصحة اشتباه ايضا فان المستفاد من جميع الكلمات ان المسألة ثنائية الاقوال
الاشتراط وعدمه والاقوى الاشتراط كما عليه المص واكثر الاصحاب بل نقل الاجماع عليه في الغنية
ومجمع البيان وان كان معقده في الغنية اللزوم لكونه بمعنى الصحة كما اشرنا ولقوله تع فرهان
مقبوضة لدلالته على اعتبار المقبوضية في الاعتداد بالرهن في الدين اما القضاء المفهوم بعدم
الاعتداد بغير المقبوض فان الاصح حجية مفهوم مثله عرفا وعادة او لحكم الاصل بعدم مشروعية
غيره ولقوله ع في صحيح محمد بن قيس لا رهن الا مقبوضا ونحوه المروي عن تفسير العياشي وهو
واضح الدلالة على المطلوب فان نفي الصحة اقرب من نفي الكمال الى الحقيقة المتعذرة
في المقام والمناقشة في سنده باشتراك محمد بن قيس ساقطة بعد ظهور كونه البجلي الثقة
بقرينة رواية عاصم بن حميد وبعد اعتضاده بالشهرة وتلقي الاصحاب له بالقبول كما في غاية

المراد

المراد ويعضده ايضا ان الاصل في مشروعية الرهن التوثق للدين وهو لا يحصل غالبا الا
بالقبض وظهور الاخبار في معلومية ان الرهن من المقبوضات حيث ان الاحكام فيها بعد السؤال
عن الرهن المقبوض نحو ما ورد في الجارية المرهونة يحل وطئها فقال ان الذين ارتهنوا
يحولون بينه وبينها وغير ذلك من الاخبار المستفاد منها التلازم بين الرهن والقبض وانه
من الامور المفروغ عنها ولذا التزم من لم يقل بالشرطية باستحقاق المرتهن المطالبة بالقبض
كالشيخ في ط حيث قال اذا جن الراهن او اغمي عليه او رجع قبل القبض قبض المرتهن لان العقد
وجب القبض وان استشكل ذلك العلامة في عد حيث قال القبض ليس شرطا على راى
وهل له المطالبة به اشكال وهو في محله بناء على عدم اشتراط القبض لكن ظهور استحقاق
المرتهن القبض على الراهن حتى لو كان الرهن مشروطا كان للمرتهن المطالبة بقبضه من الخارج
وفتوى الاصحاب بما لا امتناع لانكاره وهو اية الاعلى الشرطية كما ان النهي فيما عليه الشيخ في
احد قوليه والحلي والعلامة وولده والمحقق والفاضل الشارح من القول بعدم الاشتراط
ولزومه بمجرد الايجاب والقبول غير متجه اذ المستند له سوى الاصل والاطلاق في الرهن و
استضعاف دلالة الاية بدعوى ظهورها في ارادة الارشاد على نحو التعليق على السفر و
عدم الكاتب ودلالة الرواية باحتمال ارادة نفي الاعتداد بالتوثق بدون القبض وهو
كما ترى فان الاصل ينقطع ببعض ما مر والاطلاقات مقيدة به بل لا ينصرف الاطلاق
الى غير المقبوض مع ان الاطلاقات مسوقة لبيان احكام غير المطلق والدلالة واضحة فان
عدم اشتراط السفر وانتفاء الكاتب في الرهن وتنزيل ذلك على الارشاد للاجماع لا
يقتضي بتنزيل جميع القيود المعتبرة فيه على ذلك سيما وان غرض الشارع بيان الشرعيات
لا العرفيات ومنه يعرف ما في حمل الرواية على نفي الاعتداد بالتوثق بدون القبض اذ
مفاده على هذا التقدير بيان امر عرفي غير مفتقر الى بيان مع ما عرفت من ان الحمل على

نفي الصحة اقرب الى الحقيقة المتعذرة من نفي الكمال وربما ايد واعدم الاشتراط بانه لو كان القبض
معتبرا في الرهن لم يحسن توصيف الرهان بكونها مقبوضة كما يحسن توصيفها بكونها
مقبولة لكونه من توصيف الشيء بنفسه وان مفاد الاية والرواية دوام القبض لكونه المحوج
للاستيثاق والقائل به لكفاية مسماه عند المشترطين وهو غريب فان التوصيف بالمقبوضية
توصيف بامر خارج عن مسمى الرهن جزما فلا محذور فيه بخلاف المقبولية فان القبول
جزء من العقد فلا يحسن توصيفه به والاكتفاء بمسمى القبض لا ينافي استحقاق دوام القبض
فلو قبضه ورده الى الراهن كان مستيمنا في الحفظ كما يستامن غيره ولا منافاة في مثل ما هو
المطلوب من الاستيثاق فتدبر قوله فلو جن الراهن او مات او اغمي عليه قبل اقباضه بطل الرهن
يتفرع على اشتراط القبض بطلان الرهن لو خرج الراهن عن الاهلية قبل اقباضه بموت او
جنون او اغماء وكذا لو رجع عن الرهن حيث لا يكون مشروطا عليه او خرج الرهن عن القابلية
قبله كما لو رهن خلا فانقلب خمرا قبل قبضه وكذا لو خرج المرتهن عن الاهلية قبله بموت
او جنون او اغماء الا انه يقوى امكان تصحيح العقد بقيام وليه مقامه في القبض وفي امكان
ذلك في طرف الراهن ايضا وجه والاقوى خلافه اما على القول بعدم الاشتراط فلا اشكال
في الصحة والظ ان حكم المص بالبطلان متفرع على ما اختاره من اشتراط القبض في الصحة
ويظهر من الفاضل الشارح تفريعه على اشتراطه في اللزوم وتنزيل الحكم بالاشتراط في
كلام المص وغيره على ارادة الشرطية في اللزوم خاصة كما مر معللا للبطلان بكونه
قبل القبض من العقود الجائزة ومن شانها البطلان عند عروض هذه الاشياء وفيه
مع ما عرفت من ظهور كلام المص وغيره من المشترطين في ارادة الشرطية في الصحة انه لو
كان كذلك لم يتجه الحكم بالبطلان اذ لا دليل على بطلان العقود الجائزة مط بعروض العوارض
المذكورة نعم يبطل ما كان من نحو الوكالة والعارية والوديعة مما يكون مفاد عقدها الاذن
في الحفظ

في الحفظ والتصرف لسقوط الاذن بخروج الآذن عن الاهلية ولو فرض ما يدل على بطلان العقود
الجائزة بذلك ففي شموله لما يؤول منها الى اللزوم محل نظر ومنع ولذا لا تبطل الهبة مطلقا
قبل التصرف ولا البيع بخيار فينبغي الحكم بالصحة على تقدير كون القبض من شرائط اللزوم
الا انه لا يلزم الوارث ولا الولي اقباضه بل لا يسوغ للولي مع انتفاء المصلحة كما لا يلزم
الراهن ذلك لعدم لزومه الا ان يكون مشروطا في عقد لازم فيبتني على ما مر من الخلاف
في ان فائدة الشرط وجوب الوفاء به او صيرورة العقد اللازم جائزا بواسطته وعلى الصحة
في موت الراهن فثبوتها بموت المرتهن بطريق اولى واما على البطلان ففي بطلانه
في طرف المرتهن وجهان قوى المص في الدروس والفاضل الشارح عدمه معللين
بالفرق بتعلق حق الديان والورثة به بعد موت الراهن فلا يستاثر به احد بخلاف
موت المرتهن فان الدين باق فتبقى وثيقته والاقوى البطلان على فرضه في طرف الراهن
فان مدرك البطلان ما عرفت من كونه من العقود الجائزة ومن شانها البطلان بتلك
العوارض ولا فرق في عروضها لكل من المتعاقدين واما الفرق المذكور فلا يصلح علة
للبطلان في طرف الراهن فان تعلق حق الوارث والديان لا اثر له بعد سبق تعلق
حق المرتهن فالمتجه عدم الفرق بين الراهن والمرتهن على كل من قولي الصحة والبطلان
حكم المص في الدروس بالبطلان بموت الراهن وبانتقال حق القبض الى الوارث في موت
المرتهن فظاهره الصحة فيه فارقا بينهما بما عرفت من ان مذهبه اشتراط القبض في صحة الرهن
ولا ارى له الفرق بينهما على هذا التقدير الا ان يريد امكان تصحيح العقد بقبض الولي في
موت المرتهن دون الراهن كما اشرنا اليه لكنه خلاف ظاهر كلامه ويمكن ان يكون هذا
التفريع منه على فرض صحة الرهن قبل القبض وعدم لزومه وهذا وان لم يكن مذهبا
لاحد من اصحابنا على الظ كما عرفت لكن يظهر من التذكرة انه المعروف بين المخالفين

فلذا اختلفت اقوالهم في هذه المسئلة فبين حاكم بالبطلان مطلقا لكونه قبل القبض من العقود الجائزة وبين حاكم بالصحة مطلقا لكونه مما يؤول الى اللزوم وبين مفصل بين موت الراهن فالبطلان وموت المرتهن فالصحة للفرق المتقدم ذكره والظاهر ان اصحابنا انما تعرضوا لذلك تفريعا على مذهبهم وجريا على طريقتهم والا فالحكم على كل من قولي الاشتراط في الصحة وعدمه واضح غير مفتقر الى بيان والله العالم قوله ولا يشترط دوام القبض فلو اعاده الى الراهن فلا بأس هذا مما لا خلاف فيه بل نقل الاجماع عليه مستفيضا او متواترا وانما ينسب الخلاف فيه الى جمع من المخالفين وربما نسب الى العلامة في التذكرة حيث قال في مسئلة منع المرتهن من التصرف في الرهن وتبقيته لدين المرتهن فان جعلنا القبض شرطا وكان لازما استحق المرتهن ادامة اليد والا ازال يده الا للانتفاع على خلاف قد سبق انتهى وهو مشتبه فان غرضه هنا ثبوت امره دوام اليد على وجه الاستحقاق لا الشرطية كيف وقد حكى الاجماع قبل ذلك على عدم اشتراط الاستدامة قوله ويقبل اقرار الراهن بالاقباض الا ان يعلم كذبه فلو ادعى المواطاة فله احلاف المرتهن ولو ادعى الغلط فله احلاف المرتهن ايضا لا ريب في قبول اقرار الراهن بالاقباض كقبول اقراره برهنيته لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز الا ان يعلم كذبه حسا كان يقر باقباضه في وقت لا يمكن اقباضه فيه عادة فلا ينفذ ولو ادعى كذبه في اقراره بالرهانة او بالقبض لم تسمع دعواه ولا يتوجه يمين على المرتهن لتكذيبه دعواه باقراره الاول الا ان يدعي على المرتهن علمه بكذبه فلا يبعد توجه اليمين على المرتهن بنفي العلم كما لو ادعى المواطاة بينهما على الاقرار اقامة لرسم الوثاقة فان الاظهر سماع دعواه بذلك و قبول بينته وكذا لو ادعى الغلط واظهر تأويلا ممكنا في حقه بان ادعى الاعتماد على كتابة وكيله او توهم ان الاقباض يكون قوليا ونحو ذلك والوجه في ذلك انه ادعى امرا لو صدقه الخصم فيه لثبت حقه فيلزمه توجه اليمين عليه واستقرب في التذكرة توجه

اليمين

اليمين وان لم يظهر تأويلا محتجا بان الغالب في الوثائق وقوع الشهادة قبل تحقق ما فيها فلا حاجة الى تلفظه به وهو مشكل حيث لا يدعي العلم بكذب اقراره لعموم ما دل على نفوذ اقرار العقلاء فلا يقبل رجوعه عنه مطلقا ولو في غير مجلس الحاكم لتكذيبه نفسه بالاقرار الاول ولا يلزم مثله في دعوى المواطاة والتأويل المحتمل لكون هذه دعوى لا تتضمن تكذيب الاقرار السابق وان استلزم ثبوتها سقوط حكم الاقرار ومع ذلك فالمقام غير خال عن الخلاف و والاشكال ولو اقر بالرهن وانكر القبض لم يكن رجوعا عن الاقرار وان كان اطلاق الرهن منصرفا الى الصحيح المشتمل على القبض فتامل قوله ولو كان الرهن بيد المرتهن فهو قبض وعلى الاكتفاء به لا يفتقر الى اذن جديد في القبض ولا الى مضي زمان لا يعتبر في قبض الرهن ان يكون مبتدأ بعد العقد فلو قبضه للرهن قبله باذن من المالك صح العقد ولزم من غير خلاف ولا اشكال ولو قبضه لغير الرهن باذن من المالك كقبضه عارية او وديعة او اجارة ونحو ذلك او بدونه كالغصب لو رهنه عند القابض صح الرهن واكتفي باستدامة القبض واستصحابه من غير خلاف احده في الاكتفاء به في الجملة الا ان ظاهر الاكثر ما صرح به المصنف وغيره من الاكتفاء به مطلقا في المقبوض باذن وغيره من غير اعتبار تجديد اذن في قبضه للرهن ولا مضي زمان يمكن فيه القبض ويظهر من التذكرة والفاضل الشارح اعتبارهما في المقبوض بغير اذن كالمغصوب بل عن الشيخ في ف و ط اعتبارهما مطلقا في المقبوض باذن وغيره والمحكي من عبارته يدل على اعتبار الاذن خاصة والمتجه ما عليه الاكثر من الاكتفاء به مطلقا للا وصدق كونه رهنا مقبوضا ولا دليل على اعتبار ابتداء القبض بعد العقد ولا على كون القبض بقصد الرهن ولعدم فائدة فيما اعتبروه من الاذن ومضي الزمان لا في المقبوض باذن ولا في غيره اذ الغرض تحقق القبض الفعلي قبل العقد واستدامته ليست قبضا جديدا غير الاول فما دام مقبوضا لا يحصل قبض اخر لاستحالة تحصيل الحاصل و

اجتماع الامثال وح فلا مدخلية للاذن فى قبضه والمضى الزمان الممكن فيه القبض فان
ذلك لا يصير القبض الفائت لعارية او غصب قبضا له بل اما ان يجتزأ بالقبض السابق
واستصحابه او يلتزم بتجديد القبض للرهن بان يدفع الى المالك فيدفعه اليه او يوكله
فى قبضه عنه لكن الثانى غير لازم لما يظهر من الاتفاق على عدم اعتباره فتعين الاول وعليه
فيكون الشرط فى الرهن حصول القبض مطلقا فصله بالرهن او غيره نظير صوم الاعتكاف
وهذا هو الظاهر من كلمات الاصحاب وجزم بعض فضلاء العصر بان مبنى الاصحاب فى الاكتفاء
بذلك على سقوط شرطية القبض فى مثل ذلك لعدم تناول دليل الشرطية لمثله بدعوى ظهور
الدليل فى غير المقبوض اما هو فيبقى على اصالة اللزوم فى العقد وهو غريب فانه تخصيص لعموم
لا رهن الا مقبوضا من غير مخصص مع انه خلاف ما نطقت به فتاوى الاصحاب هنا من ان هذا
القبض المستدام قبض لصراحته فى تحقق ما هو شرط من القبض وحصوله بذلك فلا مناص
التزام الاجتزاء بالقبض المستدام وانه من افراد القبض المعتبر فى الرهان ومما ذكرناه يظهر
ضعف التفصيل بين المقبوض غصبا وغيره بدعوى البطلان فى الاول من حيث انه منهى
عنه والنهى فى المعاملات وان لم يقتض الفساد الا ان القبض من الاركان وتوجه النهى الى شئ
منها يقتضى الفساد ولذا لا يكتفى بالقبض المبتدأ بعد العقد اذا كان من غير اذن المالك اجماعا
فانه بعد تسليم النهى وعدم دلالة الرهان على اباحة القبض نمنع كون القبض من الاركان
بل من الشروط المصححة وهو خارج عن مسمى الرهن ولذا قيل بعدم اعتباره فى صحة العقد
ومع التسليم فالفساد انما يتجه لو كان المعتبر فى الرهن هو القبض لاجله اما اذا كان المعتبر
فى الصحة مسمى المقبوضية وان كان القبض لغير الرهن فلا فرق بين كونه مقبوضا بالسبب المحلل
او المحرم لكون المدار على تحقق مسمى القبض واستدامته وهو متحقق فى المغصوب وغيره
والتنظير بالقبض المبتدأ بغير اذن المالك قياس مع الفارق فان عقد الرهن المقارن للقبض

المستدام مستجمع لشرائط الصحة ملزم للراهن بما التزم به من الرهانة لانه داخل فى مسمى الرهان
المقبوضة واما القبض الحاصل بعد العقد فهو من الزام المالك الراهن بما لم يلتزم به فان
له العدول عن الرهن قبل القبض مع ان الاجماع كاف فى الفرق بين الصورتين كما ظهر بما ذكرنا
ضعف القول باعتبار الاذن خاصة او مضى الزمان الممكن فيه القبض خاصة او اعتبارهما
جميعا اذ لا وجه لاعتبار شئ من ذلك سوى ما قيل من ان القبض انما يعتبر بعد الرهن وهو
لا يتم الا بالاذن والاذن فى القبض يستدعى تحصيله ومن ضرورته مضى زمان فهو دال على
القبض الفعلى بالمطابقة وعلى الزمان بالالتزام ولما لزم من القبض الفعلى تحصيل الحاصل
واجتماع الامثال المحال لا بد من حمل اللفظ على المعنى الالتزامى لتعذر المطابقى وهو كما ترى
لمنع تعذر المعنى المطابقى لامكان رده الى المصلحة وقبضه منه او توكيله فى قبضه واقباضه
مع انه لا وجه لاعتبار ما هو من ضروراته ومقدماته ان فرض تعذره اذ لا معنى للزوم المقدمة
مع سقوط ذى المقدمة لو كان القبض سببا فى الضمان كالمغصوب والمبيع بالبيع الفاسد
والعارية المضمونة والمقبوض بالسوم فرهنه المالك عند من كان بيده صح الرهن لكفاية
القبض المستدام وان لم يزل الضمان على ما هو المعروف بين الاصحاب بل لا خلاف الا من العلامة
فى القواعد ويحيى بن سعيد على ما حكى فاسقطا الضمان لعقد الرهانة ولا موجب
للسقوط لبقاء سبب الضمان وهو القبض السابق واستصحاب حكمه من غير معارض فان عقد
الرهانة لا ينافى الضمان كما لو تعدى المرتهن فى المرهون ولا فرق فى ذلك بين عقد الرهن
وسائر العقود الغير المملكة كالوديعة والعارية والوكالة وغيرها وما قد يظهر من بعضهم
من سقوط الضمان بالعقد حيث تكون استدامة القبض لمصلحة المالك كالوديعة غير متجه
لعدم ارتفاع السبب فى الجميع ولو اذن المالك بالقبض ورضى به ففى سقوط الضمان
وجهان اقويهما عدم السقوط عملا بعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى ومجرد الرضا بالمقبوضية

ليس من التادية التي هي غاية الضمان لغة وعرفا ودعوى اندراجها في ذلك مجاز فترة ظاهرة وعليه فلو تاب الغاصب ومكن المالك من العين فلم يقبضها واذن في بقائها عنده وديعة لم يرتفع الضمان وان ارتفع الاثم والعدوان اذ ليس الموجب لضمان الغاصب عدوانه ليرتفع بارتفاعه بل قبضه الغير الماذون فيه والاذن في استدامته لا يحتمل قبضا جديدا بل هو دوام ذلك القبض الموجب للضمان حتى لو صرح المالك باسقاط الضمان لم يسقط ايضا اذ لا معنى لاسقاط سببية السبب الذي جعل الشارع غاية ارتفاعه التادية ولم تحصل مع ان الاسقاط كالابراء انما يتعلق بالحق الثابت فعلا والفرض عدم تحققه اذ لا معنى للضمان هنا سوى لزوم المثل والقيمة اذا فرض التلف ولا يتصور سقوطه قبل حصوله بالقبض

قوله ولو كان الرهن مشاعا فلا بد من اذن الشريك في القبض ظاهره عدم الاعتداد بدون اذن الشريك مطلقا فيما يكتفى فيه بالتخلية وغيره فلو قبض المشاع بدون اذنه لم يتم الرهن كما لو قبض بدون اذن الراهن والحكم بذلك فيما تكون التخلية فيه قبضا غير واضح لعدم توقفها على التصرف في المقبوض حتى يتوقف قبضه على اذن الشريك ودعوى توقف التخلية على التمكين من التصرف ورفع الموانع عنه مطلقا عقلية وشرعية والاشاعة بدون اذن الشريك من اعظم الموانع عن التصرف شرعا فلا تتحقق التخلية والقبض بدون اذنه فيبطل الرهن لانتفاء القبض لانتفاء صحته مدفوعة بانه لا يعتبر في التخلية سوى رفع يد المالك وتمكين القابض من التصرف وهو متحقق في المشاع لتمكنه بعد اذن المالك من التصرف فيه ولو بواسطة استيذان الشريك او الحاكم مع امتناعه عن الاذن على نحو ما كان للمالك فيكون التصرف متعذرا الان ما توقف على المقدور مقدور ايضا فالظاهر صحة القبض فيما يكون قبضه التخلية مطلقا كما ان الظاهر صحته فيما يكون قبضه موقوفا على التصرف بامساك او نقل وان اثم بالتصرف لعدم المنافاة بين الحرمة وصحة القبض كما عرفت نظيره في القبض المستدام ولا فرق بين تحريمه لحق الشريك او غيره

من

من الاسباب كما لو حلف او عاهد على ترك قبضه النقد الجهة كما يظهر من بعض لعباراته لكونه قبضا واحدا يستحيل اتصافه بوصفين متضادين وان تعددت الجهة بل الاندراج شمله في عموم الرهان المقبوضة كما تقدمت الاشارة اليه والى الفرق بينه وبين القبض بدون اذن المالك ولو وكل المرتهن الشريك على القبض بعد اذن الراهن بالقبض والتوكيل فيه جاز من غير خلاف والاشكال لعدم ان يعلم الشريك بالاذن بل يقوى الاكتفاء باذن الراهن بالقبض وان لم ينص على التوكيل الا ان يشترط على المرتهن القبض بنفسه ولو نازع الشريك في القبض بعد اذن الراهن نصب الحاكم عدلا يكون في يده لهما فيكون قبضا عن المرتهن وكذا لو تنازعا في دوام القبض فلو كان له اجرة اجره وقسم الاجرة على الشريكين ويحتمل تعلق الرهن بحصة الراهن من الاجرة وبه صرح في الدروس

قوله والكلام اما في الشروط او اللواحق الاول شرط الرهن ان يكون عينا مملوكا يمكن قبضها ويصح بيعها هذه الشرائط باسرها لصحة الرهن حتى مملوكية العين ان اريد بها الاحتراز عن غير المملوك مطلقا وان اريد مملوكيتها للراهن فهي من شرائط اللزوم لجواز رهن ملك الغير اعارة وفضولا والظاهر ارادة المعنى الاول فيكون احترازا عن الخمر والاوقاف ونحوها قوله فلا يصح رهن المنفعة ولا الدين هذا متفرع على اشتراط العين فان المراد منها المتشخص في الخارج فيترتب على اعتبارها المنع من رهن المنافع والحقوق والكليات وما في الذمم من الديون فان المنافع والحقوق فلا خلاف في عدم اعتبارها الا ما ستسمعه من الخلاف في رهن خدمة المدبر للاجماع المنقول في صريح المسالك وظاهر غيرها ولعدم انصراف الرهان المقبوضة الى غير الاعيان الماعلل به كثير من عدم امكان قبضها الا باتلافها او عدم حصول تمام الاستيثاق بها في استيفاء الدين لحصولها تدريجا وكلما حصل منها شيء عدم ما قبله فالدين ان كان مؤجلا فالمنافع تتلف الى حصول حلوله باسرها والا يتلف جزء من المرهون بقدر ما يتأخر اليه استيفاء الدين لمنع الاول بامكان قبض المنفعة تبعا

نقبض العين كما في الاجارة ودعوى ان الاكتفاء بذلك في الاجارة لمكان الحاجة وان القبض على هذا
غير تام ولذا لم يرتفع به الضمان غير مسموعة لمسيس الحاجة الى الرهانة ايض وانتفاء بعض احكام
القبض غير لا ينافي تحققه وبطلان الثاني فان عدم حصول تمام الاستيثاق لا ينافي الرهانة
المطلوب منها الاستيثاق ولو في الجملة على ان دعوى تلف المنافع كلا او بعضا قبل استيفاء
الدين انما يتم لو تعلق الرهن بالمنفعة الحالية اما لو تعلق بالمنفعة المستقبلة كمنفعة الشهر
الآتي فيمكن الاستيفاء منها من غير تلف اصلا بان يؤجر العين ويؤخذ الاجرة وفاء او يستوفي
المنفعة بنفسه كما يمكن اجارة العين وابقاء الاجرة رهنا على نحو رهانة ما يتسارع اليه الفساد
والفرق بينهما بعروض المانع فيما يتسارع اليه الفساد وملازمته للمنفعة ابتداء غير موجب للتفرقة
في صحة الرهانة ودعوى ان ذلك خروج عن المتنازع فيه وهو تعلق الرهن بالمنفعة ممنوعة
بعد ان كان مورد العقد نفس المنفعة واما الدين فعدم صحة رهنه هو المشهور بين الاصحاب
بل عن ظاهر بعض العبارات دعوى الاجماع لكن المص في الدروس والشارح في الروضة
احتملا صحة رهنه فان اشترط القبض للاكتفاء بقبض ما يعينه المديون بل جزم في المسالك
وغيرها بصحته على القول بعدم اشتراط القبض وفي التذكرة لا يصح رهن الدين ان شرطنا
في الدين القبض لانه لا يمكن قبضه لعدم تعينه حالة الرهن وظاهره بناء الصحة وعدمها
على اشتراط القبض وعدمه لكن ظاهر اكثر العبارات كعبارة الكتاب ونظائرها ان المنع من رهن
الدين متفرع على اشتراط كونه عينا فلا يصح رهنه وان لم نقل باشتراط القبض لعدم انصراف
اطلاقات الرهون الى ما في الذمم والكليات بل المتبادر منها الاعيان الخارجية ولان المقصود
من الرهانة الاستيثاق وهو لا يحصل غالبا برهن ما في الذمم لمساواته للحق المرهون له او
اختلاف الديون في سهولة الاقتضاء وصعوبته لا ينافي غلبة عدم الاستيثاق الموجب لعدم انصراف
الاطلاقات اليها مط ولان وصف الرهان بالمقبوضة في الآية ان لم يدل على اشتراط قبض الرهن

فلا اقل

فلا اقل من دلالته على اعتبار انها مما يمكن قبضها بنفسها والديون مما لا يمكن قبضها كذلك
وان صدق قبضها عرفا بقبض ما تحصل في ضمنه من الافراد لكن مثله غير مندرج في القبض
المأخوذ في التوصيف فان المتبادر منه قبض نفس الرهن لا قبض غيره مما يجتزأ به عن قبضه
عرفا نعم يمكن فرض قبضه لو كان الدين في ذمة المرتهن لان ما في الذمة بحكم المقبوض الا انه
على تقديره مما لا احتياج فيه الى الرهانة لحصول الاستيثاق بدونها مع ان ذلك لا ينافي
ما اشرنا اليه من غلبة عدم الاستيثاق بجنس الدين وعدم مقبوضيته فلا ينصرف اطلاقات
الادلة الى مثله فظهر بما ذكرناه ضعف احتمال الجواز على القول باشتراط القبض نظرا الى ان
ما في ذمة المرتهن كالمقبوض وما في ذمة غيره يمكن قبضه بقبض فرده كضعف القطع بالجواز
بناء على عدم اشتراط القبض لما اشرنا من ان الخلاف في ذلك مبني على اشتراط القبض
وعدمه وان ظهر ذلك من التذكرة لكنه غير صريح في انه مبنى المسئلة لامكان ان يكون ذلك اختيارا
منه للمنع وقطعا به على تقدير اشتراط القبض وان امكن المنع على تقدير عدم اشتراطه من جهة
اخرى غير اشتراط القبض ايض ولذا اختار العلامة في القواعد بطلان رهن الدين مع اختياره
فيها عدم اشتراط القبض في صحة الرهن وتبعه المص والفاضل الشارح منه لعله في غير موضعه
لعدم صراحة ما في التذكرة بابتناء المسئلة على ما ذكره وان البناء عليه في كتاب لا ينافي العدول
عنه في آخر قوله ورهن المدبر ابطال التدبير على الاقوى المعروف بين الاصحاب جواز رهن المدبر
بل في التذكرة نسبته الى علمائنا مؤذنا بدعوى الاجماع الا ان المص في الدروس حكى عن
بعض القول ببطلان الرهن ولعله اراد ما يحكى عن الخلاف من انه اذا لم يقصد بذلك الفسخ لم يصح
الرهن والوجه صحة الرهن لاجتماع شرائطه من الملك وغيره اذ لا معارض سوى التدبير وهو
عندنا من العقود الجائزة كالوصية بالعتق لا العتق بصفة فلا مانع من رهنه كما لا مانع من بيعه
وهبته وغير ذلك من التصرفات فيه منافية كانت لتدبيره او غير منافية اما عدم المنافاة فظاهر

واما مع المنافاة فلحكم العرف والعادة بكون ذلك رجوعا عن التدبير وفسخا له قصد الرجوع او
لم يقصد حتى لو قصد عدم الرجوع فيه كان لغوا بعد تحقق ما يتضمن قصد الرجوع قهرا كما يأتي
توضيح ذلك بعون الله تعالى في محله وح فالرهن ان كان منافيا كان ابطالا للتدبير كالبيع
ونحوه والا فيتعين الحكم بصحتهما جميعا والاوجه الحكم ببطلان الرهن على التقديرين الا ان يكون
التدبير لازما كالواجب بنذر وشبهه بناء على المشهور من عدم جواز الرجوع فيه فان المتجه
بطلان جميع ما يقتضيه من التصرفات المنافية بيعا او رهنا او غيرهما اما التدبير المتبرع به
فان اللازم اما ابطاله وصحة الرهن وغيره او صحتهما لكن الذي عليه الاكثر ما اختاره المصنف من
ان الرهن ابطال التدبير بناء منهم على تحقق المنافاة بينهما لان الغرض من الرهن التوثق او استيفاء
الدين والتوثق مع بقائه عرضة للزوال وقوى الشيخ في الخلاف والمبسوط صحتهما معا لان
الرهن لا يستلزم النقل عن الملك ويجوز فكه فلا ينافي بقاء التدبير بل يكون مراعى على الاقوى
لسبق حق التدبير وحصول مقتضاه قبل استحقاق اخذ المرتهن ويحتمل بقاء حق المرتهن
مع الموت فيراعى التدبير بفكه ايضا فيستقر او يؤخذ في الدين فيبطل التدبير ولو مات المالك
قبل ذلك نفذ العتق وبطل الرهن وقوى بعضهم اخذ قيمته من التركة فتكون رهنا ولا دليل
عليه بل المقتضي له اذا كان المدبر هو الراهن فان موته يقتضي تعلق حق الغرماء المرتهن بمجموع
التركة كتعلق الرهن فلا فائدة في جعل قيمته من التركة رهنا الا مع احتمال اختصاص المرتهن
بذلك فلا يزاحمه الغرماء فيه فتم وكيف كان فالاقوى الاول ولو رهن العبد ثم دبره بطل
التدبير ان لم يجز المرتهن على الاقوى لمنافاة ذلك لحقه كالبيع ويحتمل صحته مراعى بفكه
وان اجاز المرتهن صح التدبير فلو مات المالك عتق من الثلث فلو لم يكن ثلث او لم يكن سواه
بطل التدبير ولو كان العبد منذورا العتق مطلقا او معجلا لم يصح رهنه لمنافاته لما وجب
عليه من العتق وان كان معلقا على شرط او صفة فالاقرب جواز رهنه قبل حصول الشرط والصفة

الا انه

الا انه لو حل الدين قبله لم يجز بيعه لمنافاة بيعه لحق الله المتعلق به تنبيه لو رهن المالك
خدمة المدبر مدة حيوته مع بقاء التدبير ففي صحته قولان حكاهما في الشرائع وقال الاشبه
البطلان ونسب القول بالصحة الى الشيخ في النهاية وجماعة لتصريحهم بجواز بيع خدمة المدبر تبعا
للنصوص الواردة به كخبر السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي ع قال باع رسول الله ص خدمة المدبر
تبعا للنصوص الواردة به ولم يبع رقبته وخبر الحلبي سئل ابو عبد الله ع عن الرجل يعتق جارية
عن دبر ايطأها ان شاء او ينكحها او يبيع خدمتها مدة حيوته فقال نعم اي ذلك شاء فعل
وخبر علي سئل ابا عبد الله ع عن رجل اعتق جارية له عن دبر في حيوته قال ان اراد بيعها باع
خدمتها في حيوته فاذا مات اعتقت الجارية وخبر ابي بصير عنه ع في العبد والامة يعتقان
عن دبر فقال لمولاه ان يكاتبه ان شاء وليس له ان يبيعه الا ان يشاء العبد ان يبيعه قدر حيوته
ومقتضاها جواز رهن خدمته ايضا لقاعدة ان ما جاز بيعه جاز رهنه الا ان هذه النصوص مع
الاغضاء عما في سندها منافية لقاعدة اختصاص البيع بنقل الاعيان فلذا حملها بعض على نقل
العين المشروط عدم الانتفاع بغير الخدمة فيكون كالبيع بشرط العتق وهو بعيد لتصريح
بعضها بنفي بيع الرقبة وحملها ابن ادريس على الصلح والعلامة على الاجارة ولو فرض
استثناء خدمة المدبر واختصاصها بجواز البيع من بين المنافع فنمنع جواز رهنها فان
المنع من رهن المنفعة ليس لامتناع بيعها بل لعدم الاستيثاق المطلوب في الرهن كما سبق
ولا رهن الخمر والخنزير اذا كان الراهن مسلما او المرتهن اما اذا كان الراهن مسلما
فلا خلاف في بطلانه لانتفاء الملك بل لو اسلم بعد الرهانة بطلت ايضا لاشتراط الملكية
ابتداء واستدامة واما اذا كان المرتهن مسلما فلا خلاف في بطلانه ايضا الا ما يحكى عن الشيخ
في ط والخلاف مما هو غير صريح في المخالفة من تجويز رهنه بشرط وضعه على يد ذمي والمعروف البطلان
مط لعدم تمكن المسلم من قبضه وعدم تسلطه على بيعه واستيفاء الدين منه فتنتفي فائدة

الرهانة والاستيثاق ولا مدخلية لوثوقه على يد الذمي في الصحة وانه ان كان نائبا عن المرتهن
في قبضه والاستيفاء منه فيده يده والا فلا سلطنة للمرتهن على البيع والاستيفاء ولا
للحاكم الزامه بذلك لتحريم بيع الخمر والكافر مكلف بالفروع وان جاز اخذ ثمنه منه لو باعه الزاما
وكذا الحال لو مات الذمي او افلس فانه لا يتعلق حق المسلم بخمره وخنازيره وان جاز اخذ ثمنهما
وفاء لو تبرع وليه ببيعهما قوله ولا رهن الحر مطلقا ولو رهن ما لا يملك وقف على الاجازة
اي لا يصح رهن ما لا يملك اصلا كالحر الذي لا يدخل في ملك احد مطلقا مسلما كان او كافرا
او ما لا يملكه الراهن مع جواز تملكه فانه لا يبطل رهنه بل يقع فضوليا موقوفا على اجازة مالكه
بلا خلاف اجده لعدم خروج الفضولي عن الضوابط الشرعية ولثبوته في النكاح المقتضي لثبوته
في غيره بالاولوية كثبوته في البيع الذي قيل بانه لا فارق بينه وبين غيره من العقود فما عن بعض
المتاخرين من التامل فيه لتوقفه في صحة العقد الفضولي مطلقا او لان الفضولية ثبتت على حد غيرها
حيث ان العقد فيما عدا الرهن يقع من المالك ووقع من غيره لعله في غير محله لما اشرنا من عدم
خروج الفضولي عن الضوابط والاخر وجه عن قياس الفضولي لا يخرجه عن حكمه لتساوي الامرين
في اعتبار الاذن اللاحقة وعدم الفرق بينها وبين الاذن السابقة في التاثير والصحة ومنه يعرف
جواز التبرع بالرهن على دين الغير فيلزم بالقبض وان لم ياذن المديون على الاقوى ولا
يستحق المتبرع الرجوع بالرهن على المديون لو صار الرهن وفاء وان قصد الرجوع ولو اجاز
المديون ما فعله المتبرع من الرهن وقصد الرجوع ففي استحقاقه الرجوع وجهان اقويهما العدم
قوله ولو استعار للرهن صح لا يعتبر في الرهن ان يكون ملكا للراهن فلو استعار مال غيره
للرهن على دينه صح من غير خلاف اجده في ذلك بل في التذكرة عن ابن المنذر انه اجماع العلماء
وفي المسالك اجمع العلماء على جواز رهن مال الغير باذنه على دينه في الجملة وسموه استعارة وما
نسبه العلماء من تسميته استعارة هو المعروف والا فقد حكي قول بانه من ضمان المعير في ماله كما

ذهب

ذهب اليه بعض المخالفين وجعل ذلك من الضمان لانه ينقل مالا من ذمة الى ذمة اذ لا نقل
ولا انتقال ولا قصد الى ذلك اصلا وجعل المستعير في ذلك نائبا عن المعير في الضمان
تمحل وقصر الضمان على المال من غير شغل ذمة خلاف المعهود من الضمان ولذا اطلق الفقهاء
عليه لفظ العارية لكنه بعيد عن شبههما ايضا من حيث ان منفعة الارتهان ليست من المنافع
المباحة بعقد العارية بل لا تعد من المنافع المقصودة من العين ولذا لا تتعلق الاجارة
بها ولا تضمن بالغصب مضافا الى ما فيهما من منافيات العارية من اللزوم والضمان من
غير شرط ولا كون المستعار ذهبا وفضة فاطلاق لفظ العارية على ذلك لعله من المسامحة
لعلاقة المشابهة بينهما ولا فائدة في تحقيق كونه عارية او ضمانا بعد الاتفاق على صحة هذا
الرهن اذ لا توقف على صحته على اندراجه في احد العقدين كما توهم لامكان ان يكون عقدا
اخر ودعوى حصر العقود ممنوعة وامكان صحته وان لم تكن الاذن مندرجا في عقد اصلا
اذ محصله عدم توقف صحة الرهن على كونه مملوكا للراهن بل يكتفي باذن المالك السابقة
على مقدار الرهن كما يكتفي باذنه اللاحقة لو وقع فضولا ويتبرع بالرهن على دين غيره فانه
مثله لا بعد من العارية ولا الضمان ولا غيرهما وكيف كان فلو اذن المالك في الرهانة
فان عمم الاذن بان قال ارهنه كيف شئت فلا اشكال وان عين دينا مخصوصا او قدرا او
اجلا وجب الاقتصار على ما عينه والتجاوز يلحقه بالفضولي الى غيره الا اذا عين قدرا فرهنه على الاقل
ولو رهنه على الاكثر كان فضوليا بالنسبة الى الزيادة مع احتمال الفضولية في الجميع
ولو اطلق فهل الاذن ففي صحته كالتعميم او البطلان للجهالة والاجمال وجهان اقويهما الصحة
لعدم الاطلاق والعموم الا في تفاوت الدلالة قوة وضعفا فلا جهالة في المطلق ولا
اجمال ومنه يظهر ان ما يحكى عن ظ من تفريع اعتبار ذكر الدين وجنسه وقدره ووصفه على
ان الاذن عارية او ضمان لاعتبار الجهالة في عقد العارية دون الضمان غير صحيح اذ الجهالة

في المطلق وان اعتبار المعلومية في الضمان موضع خلاف كما سيأتي وان اغتفار الجهالة
في العارية غير متحقق فلو فرض الاجمال في الاذن لم يجز الانتفاع بشيء اصلا ولذا ذهب
جمع من الاصحاب الى اعتبار ذكر الدين جنسا وقدرا ووصفا مع مصيرهم الى اندراجه
الاذن في العارية **قوله** ولا يلزم بعقد الرهن اي يلزم المستعار بالرهن اذا رهنه المستعير
كما حكم بلزومه كثير من الاصحاب بل ظاهر المسالك انه اجماعي وهو كذلك ان اريد عدم تسلط المعير
على فسخ الرهن والرجوع بالعين اذا استبل الى المرتهن بعد تعلق حقه بها وان اريد عدم
تسلطه على مطالبة الراهن بالفك فليس كذلك بل له المطالبة بفكه بعد حلول الاجل او كان الدين
حالا فانه لم يدفع العين ليدفعها وفاء بل ليحصل الاستيثاق وقد حصل فاللازم على الراهن
استخلاصها وردها على صاحبها متى طلب لكونها عارية والعارية غير لازمة وفي تسلطه على
المطالبة بفكها قبل حلول الاجل قولان صرح بثبوته في التذكرة بناء على انه عارية والعارية لا يلزم
والاقوى العدم لان العارية قد تلزم لتعلق ما يمنع من الرجوع بها كالارض المستعارة لدفن الميت
بها وكاللوح المستعار للسفينة في لجة البحر والخشب المستعارة للبناء عليها حيث يتضرر المستعير
لها ومن ذلك تعلق حق المرتهن فانه مانع من الرجوع بالعين كحق الميت اذ ليس للراهن المديون الزام
بالقبول للدين قبل حلوله ولا ابدال العين المرهونة ولا للمعير على الراهن ولا على المرتهن قبل الحلول
وح فاطلاق اللزوم في هذه العارية ودعوى انه اجماعي غير صحيح بل هي لازمة قبل الحلول على خلاف فيه واما
بعد الحلول فلا تلزم الا مع عجز المستعير عن الفك والرد ولعل مثله لا يوصف باللزوم فان عجز
المستعير عن رد المستعار لا ينافي جواز العارية في نفسها وفسخ عقدها وبالجملة فهذه العارية
بالنظر الى المعير والمستعير باقية على الجواز الا مع عدم حلول الاجل بالنظر الى المرتهن لازمة
مطلقا الا مع حلول الاجل وقدرة المديون على الوفاء وتمكن المرتهن عن مطالبته فانه لو امهل المديون
الحال هذه فلا يبعد ان للمالك المعير الزامه بالمطالبة او رد العين فيجبر على ردها لو امتنع من المطالبة

بدينه

بدينه كما اذا ضمن دينا مؤجلا او مات الاصيل فللضامن ان يقول اما ان تطالب بحقك من التركة
او تبرئني وهو اختيار العلامة في التذكرة **قوله** ويضمن لو تلف او بيع بمثله او قيمته اما
الحكم بضمانه لو بيع بعد رهنه لاعسار الراهن او مماطلته وامتناعه فلا خلاف فيه لانه
للاتلاف بقيمته واما مع التلف من غير تفريط فان كان بعد رهنه فالمعروف ضمان الراهن له ايضا
بل في التذكرة انه عندنا عارية مضمونة وهو ظاهر الاجماع كظاهر المسالك لكنه في عارية
التحرير نص على عدم الضمان مع التلف من غير تفريط ويأتي على القول بالضمان عدم الضمان
هنا لو تلف لعدم حصول التأدية من الضامن واحتمل المص في الدروس عدم الضمان على
القول بالعارية ايضا معللا بانها امانة عندنا والمتجه الضمان لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي
ولعدم معلومية اندراج مثلها في العارية حقيقة كما اشرنا والشك في مثل ما دل على
عدم ضمان العارية لمشابهتها مع كونها معرضة للاتلاف مضمونة بالتصرف المترتب على الرهن وكونها
امانة لا ينافي الضمان المترتب على اليد بل هي شبيهة بالمقبوض بالسوم وغيره من الامانات
المضمونة وعن تلفها تعذر ردها او بيعها بجنايتها فان اتلاف العبد نفسه بسبب جنايته
كتلفه من غير سبب ويعرف مما ذكرناه قوة القول بالضمان لو تلف بيد الراهن قبل الرهن ايضا
وان استشكله العلامة في القواعد وقرب في المسالك عدم الضمان الا مع التفريط لا لاجل
وكون السبب في الضمان هو الرهن فلا يتقدم مسببه عليه والاصل مقطوع بعموم اليد وكون
الرهن سببا في الضمان ممنوع ايضا بل القبض لاجله هو المقتضي للضمان والظاهر ان الضمان
بعد فكه من الرهانة ايضا واما تضمينه بمثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا او اعوز المثل
فظاهر والمعتبر قيمته يوم التلف في القيمي وحين الرد عند تعذر المثل الا انه لو بيع باكثر
من قيمته كان له تمام القيمة وانما يصح بالاقل اذا كان مما يتغابن الناس بمثله كالخمسة في
المائة فان بيعه صحيح ويلزم الراهن تمام قيمته ولا يقدح في استحقاق المالك الزيادة على الثمن

اذنه في البيع بالاقل لان الأذن لما كانت لازمة عليه وكان للحاكم اجبار من لم يأذن لم يعتد
باذنه في المقام فلا ينافي استحقاقه ما يقتضيه الضمان من القيمة كما اشار اليه المص في الدروس
قوله ويصح رهن الارض الخراجية كما يصح بيعها تبعا للابنية والشجر الكلام في صحة رهن الارض
الخراجية وما يجعلها كارض الصلح التي صولح اهلها على ان الأرض للمسلمين وعليهم خراجها
مبني على جواز بيعها وعدمه فمن منع من بيعها مط كالمحقق منع من رهنها ومن جوزه في بعض
الاحوال اجازه فيه كالمص حيث انه اجاز بيعها تبعا للآثار التصرف فجوز رهنها كذلك ايضا لا
منفردة وجه قد ينسب الى ظاهر الدروس جواز رهنها منفردة ايضا لكونها مملوكة ح و
ضعفه ظ اذ المدار في صحة الرهن على امكان البيع لا على مجرد المملكية لكن العلامة مع
اختياره بيعها تبعا للآثار منع من رهانتها وهو غريب وان وجه بان ملكيتها لما كانت
تابعة للآثار فقد تزول قبل حلول اجل الدين فلا يمكن بيعها فلا يتم الاستيثاق وهو
كما ترى اذ لو منع ذلك لامتنع رهن العبد الجاني مع تصريحهم بجوازه عمدية كانت جنايته
او خطائية قوله ولا رهن الطير في الهواء ولا السمك في الماء الا اذا كان محصورا مشاهدا
المنع من ذلك متفرع على ما ذكره من اشتراط امكان القبض اي القدرة على التسليم والظ
اشتراط ذلك في صحة الرهن سواء قلنا باشتراط القبض في صحته ولزومه ام لا اما على اشتراطه
فظاهر واما على عدمه فلعدم انصراف ادلة الرهن من الآية وغيرها الى ما لا يمكن قبضه ولان
الاستيثاق لا يتم الا بما يمكن بيعه فيها والقدرة على التسليم شرط في البيع كما مر وان امكن المناقشة
في ذلك حتى على القول باشتراط القبض من حيث ان اشتراطه لا يقتضي كونه مقدورا على
قبضه حين العقد بل يكفي القدرة عليه حال التسليم فان حصل القبض صح الرهن والا فلا ومنه
تعرف الصحة على القول بعدم اشتراط القبض بطريق اولى اذ لا دليل على اشتراط القدرة
على التسليم في الرهن حين العقد كما في البيع واستفادة هذا المعنى من الآية ووصف الرهان

فيها

فيها بالمقبوضة بعيد وبتعبيره صحة الرهن لصحة البيع ممنوعة وان سلم ان ما صح بيعه صح رهنه
الا انه لا ينعكس عكسا لغويا حتى يكون كلما لا يصح بيعه لا يصح رهنه لعدم الدليل عليه و
غايته اعتبار الاستيثاق في الرهن وهو كما يحصل بما يمكن بيعه يحصل ايضا بما يمكن الصلح
عليه وان كان غير مقدور على تسليمه لكن الانصاف عدم انصراف ادلة الرهن الى غير المقدور
على تسليمه حين العقد لاسيما على المختار من اشتراط القبض بل بعده من قبل الطير في الهواء
اذا لم يكن من عادته الرجوع والسمك في غير المحصور من الماء والعبد الآبق ونحو ذلك
من المعاملة بل اعتباره هذا اولى من اعتباره في البيع والظ ان قاعدة ما يصح بيعه صح رهنه
مطردة ومنعكسة اذ لو اكتفي في الاستيثاق بامكان النقل ولو بالصلح لجاز رهن المنافع
والحقوق وغيرها لتعلق الصلح بالجميع والابعد جواز رهن العبد الآبق مع الضميمة لجواز
بيعها معه وفي جواز غيره مما يتعذر تسليمه مع الضميمة مما مر من جواز بيعه وعدمه فتأمل
قوله ولا رهن المصحف عند الكافر او العبد المسلم الا ان يوضعا على يد مسلم هذا
متفرع على اشتراط امكان القبض ايضا ولذا اشترط في التذكرة في صحة الرهن ان يكون
المرهون مما يمكن اثبات يد المرتهن عليه قال فلو رهن عبدا مسلما عند كافر او رهن مصحفا
عنده فالاقرب المنع لما فيه من تعظيم شعائر الاسلام والكتاب العزيز انتهى الا ان للبحث
مجال في استلزام رهانتهما عند الكافر اذلال المسلم واهانة المصحف اذ لا ملك للكافر
فيهما ولا انتفاع وانما هو مجرد استيثاق واستحقاق للوفاء من قيمته بعد بيع المالك او
الحاكم ومثله لا يعد تسلطا ولا سبيلا لتحققه نحوه بالموت والتفليس ايضا وغايته
اختصاص الكافر بذلك من دون الغرماء وهو لا يستلزم ما ذكر فلعل الاظهر الجواز و
ان لم يوضعا على يد مسلم فان وضع بيد الكافر بمجرده ما لا يوجب نقصا والا لما جاز
ابداعهما عنده مع ان يد المسلم هنا يده لكونه نائبا عنه ولو صح بذلك لهذا الاعتبار

رهن الخمر عند المسلم اذا وضع ذمي والفرق بينهما غير معقولة ومع ذلك فمراعاة الوضع
على يد المسلم اولى وانسب بحق التعظيم قوله ولا رهن الوقف انما لا يصح رهنه لعدم
ملكه في بعض الاحوال وبعدم جواز بيعه ونقله حيث يملك ولو جاز بيعه بوجه وجب ان
يشتري بثمنه ملكا يكون وقفا وحيث لا يجب اقامة البدل كما قيل فيه في المبيع للحاجة ففي المسالك
والروضة امكان جواز رهنه حيث يجوز بيعه والاظهر منعه مطلقا لعدم الاستيثاق
بمثله لامكان ارتفاع الحاجة الى الموقوف عليه قبل الاحتياج الى موفي الدين ولامكان انتقاله
الى غير الراهن بتجدد موت ونحوه مضافا الى عدم انصراف ادلة الرهن الى مثله قوله ويصح
الرهن في زمن الخيار وان كان الخيار للبايع لانتقال المبيع اليه بالعقد على الاقوى اي يصح
رهن المبيع في زمن الخيار اذا كان الراهن هو المشتري سواء كان الخيار له او للبايع لانتقال
المبيع اليه بالعقد فلا مانع من صحة رهنه خلافا للمحكي عن الشيخ من عدم انتقال المبيع الا
بعد انقضاء الخيار حيث يكون الخيار للبايع او لهما فلا يصح رهن المشتري له في مدة الخيار
فان كان المشتري كان اجازة وامضاء للبيع وان كان البايع كان فسخا كما نص عليه العلامة
وغيره ويحتمل بطلان رهن البايع له لعدم تملكه حين الرهن والاقوى الصحة لمقارنة الملك
الرهن المتضمن للفسخ او تقدمه عليه آنا ما والمراد من صحة الرهانة هنا عدم المنافاة من حيث
الملك وتزلزله فلا يمتنع البطلان من حيث تضمنه ابطال حق البايع من الخيار لو كان له خيار
بناء على بطلان التصرفات المنافية لحقه من بيع وغيره ولو قلنا بنفوذها ولزوم المثل او القيمة
ان تو فهما متزلزلة فالمتجه صحة الرهانة ايضا هذا ويظهر من الروضة حمل عبارة الكتاب
على ارادة صحة رهن المشتري شيئا في ذمته من ثمن المبيع في مدة الخيار وهو بعيد للمنافاة
والتعليل المذكور في الكتاب الا بتكلف وانما الكلام في شروط الرهن اي العين المرهونة
لا في شروط الحق المرهون عليه قوله ويصح رهن العبد المرتد ولو عن فطرة لا خلاف في صحة

رهن

رهن الملي الا ما يحكى عن الاسكافي من اطلاق المنع وهو شاذ غير ملتفت اليه لوجود المقتضي
وانتفاء المانع اذ ليس سوى احتمال القتل فيما اذا استتيب فلم يتب وهو غير صالح للمانعية
والا لامتنع رهن المريض المدنف والجاني ونحوهما واولى بالجواز رهن الامة المرتدة ولو
عن فطرة وانما الاشكال في الفطري فقد جزم العلامة في التذكرة و[illegible] رهنه
للمنافاة لوجوب قتله حتى على المرتهن واستشكله في القواعد لذلك ولكونه على القول
بعدم قبول توبته مطلقا في الظاهر والباطن من الاعيان النجسة الغير القابلة للتطهير فلا يصح
بيعها فلا يصح رهنها لكن الاشهر جواز بيعه ورهنه وان تعلق به حد القتل وهو الاظهر
لبقاء المالية وعدم المنافاة بين وجوب قتله حدا وبين بيعه وامكان الاستيثاق
به حيث يتاخر عنه الحد اما لغيبة الامام لو اعتبر حضوره في اقامته او لعدم التمكن من قتله
من قبله او للعصيان بالتاخير ودعوى دخوله في الاعيان النجسة الممنوع من بيعها ممنوعة اذ
المتيقن منها ما خرج بالنجاسة عن المالية وما لم يكن مسبوقا بالملكية مع ان الاظهر قبول
توبته باطنا كما سلف قوله والجاني مطلقا اي يصح رهنه مطلقا عمدا كانت جنايته او خطأ
وهذا هو المشهور بين الاصحاب بل لا خلاف فيه الا ما حكاه في المختلف عن الشيخ من المنع مطلقا معللا في
العمد باستحقاق المجني عليه العبد الجاني وفي الخطأ بتعلق الارش برقبته وهو كما ترى
فان استحقاق المجني عليه بمعنى انتقال العبد الى ملكه ممنوع بل غايته ثبوت حق القصاص او
الاسترقاق وهو لا يمنع من الرهن ولا غيره من العقود لبقاء الملكية وامكان سقوط الحق
بالجلد والعفو عنه وح فان رضي المجني عليه بالفداء استمر لزوم الرهن والا بطل واما
استحقاق الارش في الجناية الخطائية فعدم المنع فيها اوضح فان الخيار للمولى بين الفداء
والدفع للاسترقاق فلا مانع من رهنه ويكون ذلك التزاما منه بالفداء حيث يتعذر
فكه كما سلف نظيره في البيع فليلحظ قوله فان عجز المولى عن فكه قدمت الجناية [illegible]

عجز المولى عن فك العبد المرهون وقدرته فى تقديم حق الجناية على حق المرتهن نفذت الجناية
على الرهن اذا ما حرمت عنه بلا خلاف اجده بين الاصحاب لاختصاص حق الجناية بالعين وتعلق حق
المرتهن بالذمة ايضا ولان حق الجناية بسبب النفس وهى اهم من المال ولتقديم حق الجناية على
المالك الذى هو اولى من المرتهن وح للمجنى عليه استرقاقه وقتله ان كانت جناية عمدية
الا ان يفديه المولى او المرتهن ويرضى بالفداء وان فداه المرتهن طمعا فى بقاء حقه لم يكن
له الرجوع بالفدية على المالك وله الاسترقاق بقدر الجناية ان كانت خطائية وان لم يفده
المولى فان استوعبت الجناية رقبته استرق الجميع والا فبقدر الجناية ويبقى الباقى على
رهانته والاجنبى على الراهن ان يدفع بدل ما استرق منه الى المرتهن رهنا وانما تقدم الجناية
بعد ثبوتها بالبينة او باقرار المرهون وتصديق كل من الراهن والمرتهن فلو صدقه الراهن خاصة
لم ينفذ فى حق المرتهن ولم تبطل الرهانة اما لو صدقه المرتهن دون الراهن كان اعترافا منه
ببطلان الرهانة فليس له التصرف فيه باستيفاء الدين منه لكنه لا ينفذ فى حق الراهن وتظهر
الفائدة فيما لو كان الرهن مشروطا فى بيع فان قلنا ببطلانه مطلقا لم يتحقق الوفاء من الراهن
بشرطه فيثبت للمرتهن الخيار فى البيع وان قلنا ببطلانه فى حق المرتهن خاصة الزاما له باقراره
فلا خيار **قوله** ولو رهن ما يتسارع اليه الفساد قبل الاجل فليشترط بيعه ورهن ثمنه ولو
اطلق الرهن حمل عليه اذا رهن ما يتسارع اليه الفساد من الثمرات والبقول والرياحين ونحوها
فان كان الدين حالا او يحل قبل فساده فلا اشكال فى صحة رهنه وان علم او ظن قبل الاجل
فان امكن استخلاص الصبر بالتجفيف كالعنب والرطب او اشترط المرتهن بيعه ورهن ثمنه عند خوف
الفساد فلا اشكال ايضا فى صحته اما لو شرط الراهن عدم بيعه فالمتجه البطلان لمنافاته
ما هو المقصود من الرهن واحتمل فى المسالك الصحة لحكم الشارع عليه بالبيع صيانة للمال
وان كان قد اشترط عدم البيع وفيه انه حكم الشارع عليه بالبيع لحفظ ماله لا ينافى بطلان

اشتراط عدم البيع الموجب لبطلان الرهن الآن بحكم بالغاء هذا الشرط اذ لا مصلحة فيه
للمشترط بل يتضرر به فيكون من الشرائط السفهية العبثية التى لا يوجب فسادها من هذه
الحيثية فساد العقد كما اشرنا اليه فى البيع واما لو اطلق الرهن ولم يشترط بيع ولا عدمه
فالمحكى عن الشيخ وابن ادريس وبن زهرة بطلان الرهن لعدم اقتضاء الاطلاق البيع وعدم
صلاحيته لكونه رهنا على الدوام هو فى قوة الهالك والاشهر صحته لكونه عند العقد
مالا تاما وحكم الشارع ببيعه على تقدير امتناعه منه صيانة للمال جابر لفساده وقد يناقش
بمنع تمامية المال بعد معلومية فساده قبل الاجل ومنع انجباره بحكم الشارع عليه بوجوب
البيع لحفظ المال اذ لا يلزم اجباره على بيعه ما لم يتعلق به حق المرتهن وبدونه لا اجبار
على البيع لا ينجبر الفساد ومع ذلك فالاظهر صحة رهانته لكون المدار فى صحته على الاستيثاق
بالرهن ولو بعوضه على تقدير التلف وهو يتحقق فيما نحن فيه فان العادة جارية بان المالك
لا يعرضه للفساد والتلف بل يستصلحه ان امكن اصلاحه او بيعه ان لم يكن وهذا القدر كاف
فى حصول الاستيثاق بهذه العين المرهونة لتعلق حق المرتهن بها قبل البيع وثمنها بعده ولا اشكال
فى التعلق بالعوض للاجماع على انتقال حق المرتهن الى العوض فى اتلاف جناية على المرهون
اقامة البدل مقام المبدل ولا ينافى الاستيثاق عدم التزام المالك له بالبيع فان بيعها عادة
ووجوبه شرعا صيانة للمال كاف فى الاستيثاق وتعلق حقه بالعين فلو رخص الزام المالك
بالبيع حفظا لحقه من الارتهان وان لم يشترط البيع عليه حتى لو فرض امتناعه ولم يكن
اجباره عليه الزم باقامة عوضه مقامه رهنا مضافا الى ان حمل المتعاقدين على الصحة
يوجب تنزيل العقد على ارادة ذلك وتصوره فيكون البيع من الشرائط المقدرة والمقدور
كالمذكور وهذا اذا اضيف فساده ابتداء اما لو طرء بعد الرهانة ما يوجب خوف الفساد
فلا اشكال فى بقاء الصحة والزام المالك فالبيع فان امتنع تولاه الحاكم والا فعدول المسلمين

ولو اهمل المرتهن السعي في بيعه ضمن الآن بنهاه المالك عن البيع **قوله** واما المتعاقدان فيشترط فيهما الكمال وجواز التصرف المراد من الكمال رفع الحجر بالبلوغ والعقل ومن جواز التصرف رفعه بالرشد والحرية والاختيار والاذن في اشتراط الكمال في الصحة فلا يصح العقد من الصغير والمجنون لهما ولغيرهما وان تعقبته الاجازة منهما بعد الكمال لالغاء عبارتيهما ونحوها لكن لو فرض سلب الشعور عنه بالاكراه واما اشتراط جواز التصرف فهو معتبر في الصحة من السفيه لو اذن له الولي ومن المملوك لو اذن له المولى اذا كان العقد لهما وان كان لغيرهما فيصح مطلقا كما يصح من المكره ويلزم ان تعقبته الاجازة حال الاختيار واعتبار الكمال في كل من الراهن والمرتهن ظاهر اما اعتبار جواز التصرف في المرتهن فقد يشكل اعتباره في قبوله حيث يكون الدين لغيره او له ولا يكون الرهن مشروطا في الدين فانه لا مانع من قبوله عن السفيه والمفلس والمملوك ذلك لعدم كونه تصرفا فاما التابل هو نوع اكتساب وتصرف فيما فيه مصلحة للمال ولعل المراد من العبارة غير ذلك **قوله** ويصح رهن مال الطفل للمصلحة وكذا اخذ الرهن له كما اذا ماله مع ظهور الغبطة او خيف على ماله من غرق او نهب اي يصح ذلك للولي اجباريا كان كالاب او غيره لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن الا ان يكون التصرف لنفسه كاقتراضه من مال اليتيم فانه قد يظهر من بعضهم عدم مراعاة المصلحة فيه بل عدم المفسدة للاطلاق ورواية الربيع المتضمنة بنفي البأس عن اقتراضه والاستشهاد بفعل علي بن الحسين عليهما السلام ذلك ونفي البأس به الآن الاحوط مراعاة المصلحة ايضا لاحتمال التقييد بما دل على مراعاته في سائر التصرفات واما الاجباري كالاب فالظاهر انه لا خلاف في عدم اعتبار المصلحة في تصرفه لنفسه بل المعتبر عدم المفسدة مع احتمال عدم اعتبار ذلك ايضا فيصح تصرفه مع المفسدة وان اثم وفي الحاق الجد به وجه قوي واما تصرفه لغيره فالظاهر انه كسائر الاولياء منوط بالمصلحة مع احتمال العدم لظهور الآية في غيره والمدار

اسلف صـ

في المصلحة

في المصلحة على ما يعد في العرف والعادة مصلحة اجماعا على تركه والعجب تتبع ما هو الارجح بعد ثبوت اصل الرجحان لعدم تناهي مراتبه فربما ادى ذلك الى تعطيل مال الطفل وتضييعه الا ان يحصل الدية في دان راجح وارجح فانه لا يجوز العدول عن الارجح الى ما دونه في الرجحان اذ المفهوم من الاحسن في الاية ما كان احسن من غيره من الافراد المحققة الى الافراد المحتملة المنفية بالاصل بل قد يحتمل الاكتفاء بما كان احسن من عدمه وان وجد ما هو احسن منه لصدق الاحسنية في الجملة سيما لو تجرد لفظ الاحسن عن معنى التفضيل واريد منه ما كان حسنا ولو وافقت المصلحة نظر الولي دون الواقع بان ظهر ان ما فعله غير موافق لمجاري العادات ففي سقوط الضمان عنه وجهان اقويهما الضمان ولا يعتبر في مصلحة دفع الرهن احتياج الطفل الى الاستدانة وتوقفها على الرهن بل يصح مع ظهور الغبطة مطلقا فله ان يشتري لليتيم ما يسوى مائتين بمائة في الذمة ويدفع ما يسوى مائة رهنا بل له ان يدفع ما يسوى مائتين او اكثر رهنا اذا كان مما لا يخشى عليه التلف كالعقار ونحوه **قوله** ولو تعذر الرهن هنا اقرض من ثقة عدل غالبا الاشارة هنا الى خوف التلف على مال اليتيم بغرق او نهب فانه اذا لم يمكن اخذ الرهن جاز اقراضه بدونه مع الاطمئنان بان يقرضه من الثقة وهذا مع الامكان والا فلو تعذر الثقة جاز اقراضه من غيره ايضا لانه احسن من ابقائه لضعف احتمال التلف بالاقراض والا رجوع الحصول في الدنيا والآخرة ووصف الثقة بالعدل المراد من الثقة المعتبر به في النصوص والفتاوى وقد لا يراد من الثقة ذلك بل من تطمئن النفس بمعاملته وان كان فاسقا وربما كان الاطمئنان به اتم من العدل والتقييد بالغلبة لبيان عدم منافاة عروض الفسق احيانا مع عوده الى العدالة وتداركه ذنبه بالتوبة اما لو كان الغالب عليه احوال الفسق ونقض العدالة فلا اطمئنان باقراضه وهذه المسائل غير مختصة بالرهن ولها فروع واحكام كان ذكرها في غيره اليق **قوله** واما الحق فيشترط ثبوته في الذمة كالقرض وثمن المبيع بعتبر

كونه دينا فلا يصح الرهن على الاعيان مضمونة كانت او غير مضمونة وان يكون حين الرهن ثابتا
فى الذمة مستقرا كان او غير مستقر كالقرض قبل التصرف وثمن المبيع فى مدة الخيار واما اعتبار
كونه دينا فلعله المشهور بل لا خلاف فى المنع منه على الاعيان الغير المضمونة كالوديعة والعارية
ونحوهما واما الاعيان المضمونة فالمنسوب الى الاكثر المنع للاصل واختصاص ما دل على مشروعيته
من الكتاب بالدين وعدم انصراف اطلاق غيره الى غير الدين وان العين لا يمكن استيفاؤها
من الرهن الا بعد تلفها الموجب للانتقال الى المثل والاستيثاق بهذا المعنى متحقق فى الاعيان
الغير المضمونة لاحتمال تضمينها بسبب تعد او تفريط واختار الفاضل والمصنف فى الدروس و
المحقق الثانى والفاضل الشارح وغيرهم الجواز لعموم ادلة الرهن ومنع عدم انصرافها الى العين
بعد كون المفهوم منه الاستيثاق للمال وخصوص ما ورد فى صحيح ابن مسلم الوارد فى السلم من قوله
استوثق لمالك لتناول المال الكل من الدين والعين بل لعله فى الثانى اظهر واختصاص المورد
بالدين لا يخصص الوارد والفارق بين الاعيان المضمونة وغيرها بعد الاجماع تحقق سبب الضمان
فى المضمونة وتوجه الخطاب بالتادية حين الرهن فيحسن الاستيثاق بها بخلاف غير المضمونة لعدم معلومية
حصول التعدى والتفريط للضمن والاصل عدمه وهذا هو الاقوى وعليه ففى صحة الرهن على درك
المبيع او الثمن لو ظهر استحقاقهما قولان صرح فى التذكرة بالمنع مع مصيره فى الاعيان المضمونة
الى الجواز واختار فى التحرير الجواز وهو خيرة شرحها كما يعلم الفرق بينه وبين الاعيان المضمونة
وفى الحاقها فى الجواز محل اشكال للفرق بينهما بان مضمونية الاعيان المضمونة متحققة فعلا بخلاف
عهدة المبيع لعدم معلومية ظهور المستحق وبان دفع الرهن من البايع يوجب الضرر وعدم الانتفاع
بالمبيع كما لو باع بمائة ورهن ما يساوى مائة سيما وان الرهن مبنى على الدوام فانه موجب لعدم التمكن
من فكه اذ لا يحصل الامن ظهور المستحق دائما وهو ضرر عظيم فى حق الراهن واقدامه على ذلك
لا يشرع الضرر المنفى بالشريعة فى العقود وغيرها واما اعتبار كون الحق ثابتا حين الرهن بحيث

لا يصح

لا يصح على ما يستدينه وان استدان فيها مما لا خلاف فيه بين اصحابنا وانما يعزى الخلاف فيه الى
بعض المخالفين حيث سوغ عقد الرهن على الدين قبله وان حكم بعدم تاثيره اللزوم الا بعد
الاستدانة وضعفه ظاهر فان انفصال الاثر عن المؤثر والمسبب عن السبب غير متعقل لكن فى
اعتبار سبق الحق على عقد الرهن او الاكتفاء بمقارنتهما خلاف بين الاصحاب ففى التذكرة لو امتزج
الرهن بسبب ثبوت الدين مثل ان يقول بعتك هذا العبد بالف وارتهنت هذا الثوب
به فقال المشترى اشتريت ورهنت او قال اقرضتك هذا الدرهم وارتهنت بها دارك فالاقرب
الجواز معللا بان الحاجة تدعو اليه فانه لو لم ينعقد لم يتمكن من الزام المشترى عقده ولان شرط الرهن
فى البيع والقرض جائز لحاجة الوثيقة فيهما اكد لان هذا الشرط قد اجيز به وفى القواعد
لو شرك بين الرهن وسبب الدين فى عقد ففى الجواز اشكال وفى الدروس فيه وجهان لكن
المنسوب الى الاكثر ما هو صريح المحقق الثانى من عدم الجواز نظرا الى وقوع ايجاب الرهن
او قبوله قبل ثبوت الحق وكما لا يجوز لو تاخر ثبوت الحق عنهما جميعا فكذا عن احدهما ولان
الظاهر من الرهن افتقاره الى سبق تعلق الحق حتى يصدق عليه الاستيثاق من مالكه كما هو المتبادر
من الاية والرواية ولان عقد الرهن مشروط بثبوت الحق فهو كغيره من العقود والمعلوم اعتبار
تاخر عقودها عما يعتبر فى صحة متعلقها فلو اوجب البيع على مجهول او غير مقدور فانتقل
الى المعلومية والمقدورية قبل القبول لم يصح البيع على مجهول او غير مقدور فانتقل الى
المعلومية والمقدورية قبل ولعل الاظهر الجواز لعموم الرهن وانتفاء ما يدل على اعتبار
تقدم الحق على تمام عقده والنظير بما اعتبر من الشرائط فى المبيع ونحوه فى غير محله فان
تلك الشرائط معتبرة فى المعقود عليه فيعتبر حصولها فى تمام العقد على نحو الشرائط المعتبرة
هنا فى المرهون بخلاف اشتراط الحق فانه معتبر لتحصيل معنى الاستيثاق بالرهن لعدم تعقل
انعقاد الرهن على غير حق وانعقاده على الحق متحقق مع سبق الحق على تمام العقد وعلى الجزء

الخبر منه ومع مقارنته له ودعوى اشتراط سبقه على جميع اجزاء العقد عن المنازع فيه اذ الاء دليل
بل لعل الاقتران اولى من السبق في تحصيل معنى الرهانة والاستيثاق حيث ان تاخيره
عن الحق قد يفضي الى عدم التمكن من تحصيل الرهن ولو كان مشترطا في بيع ونحوه كما اشار
اليه العلامة وغيره **قوله** والدية بعد استقرار الجناية اي بعد انتهاء حالها فلا يصح الرهن
قبل استقرارها لاحتمال سريان الجناية الى ما فوقها من النفس او ما دونها فلا ثبوت للحق
قبل انتهائها ولا فرق في ذلك بين ان تكون الجناية موجبة للدية او لا على الظاهر المشهور وحكى
في المسالك قولا بجواز الرهن على ما يوجب الدية لقطع اليدين الموجب للدية فان غايته
الموت ولا يوجب اكثر منها ونفى عنه البعد في المسالك ايضا وفيه ان الدية اللازمة بعد الموت مستندة
البرء للقطع وان كان القطع مما يوجب الدية ايضا لو لم يسر فلا حق ثابت مع احتمال السراية
لم تثبت سوى دية واحدة مسببة عن الموت **قوله** وفي الخطاء عن الحلول على قسطه لما كانت
الجناية الخطائية متعلقة بالعاقلة مقسطة على ثلثة احوال وكان المدار في العاقلة على من
اتصف بالعقل عند حلول الحول لم يعلم تعلق الجناية بمن كان عاقلة حين الجناية لجواز عروض
موت او جنون او غير ذلك مما يوجب كون العاقلة عند راس الحول غيره فلم يعلم ثبوت الحق
في ذمته لعدم العلم بالمستحق عليه فلا يصح اخذ الرهن من حين الجناية بخلاف الجناية العمدية
والشبيهة بالعمد فان الجناية متعلقة بالجاني وان كانت مؤجلة فانه يصح اخذ الرهن عليها
لمعلومية الحق والمستحق عليه كما في الدين المؤجل وقد يظهر من الدروس مساواة الجاني
في شبيه العمد للعاقلة في المنع من الرهن الا بعد حلول الحول ولا وجه له بعد تعيين المستحق عليه
في الشبيه **قوله** ومال الكتابة وان كانت مشروطة على الاقرب جواز اخذ الرهن على مال
الكتاب متفرع على لزوم الكتابة من طرف المكاتب وعدمه وحيث ان المعروف لزوم الكتابة
المطلقة بل في المسالك الاجماع عليه وجب صحة اخذ الرهن على ما لها من غير خلاف كما

بيناه

مثال المشروط جائزة من الطرفين

بيناه في المسالك ايضا لكن في الروضة قال وفيه قول ثالث ان المطلقة لازمة من طرف السيد خاصة
ويتوجه عدم صحة الرهن ايضا كالمشروط انتهى ولم نعثر على القول بجواز المطلقة من طرف العبد
ولعل القول المشار اليه ما حكاه في الروضة ايضا في باب المكاتبة عن ابن حمزة من ان المطلقة
جائزة من طرف السيد خاصة وظاهرهم التسالم على لزومها من طرف العبد ولعل القول
المشار اليه ما حكاه في الروضة فلا اشكال في جواز اخذ الرهن عليها اما المشروطة فكذلك
ايضا بناء على المشهور من لزومها من الطرفين كما هو الاصح واما على ما ذهب اليه الشيخ الحلي
من جوازها من جهة العبد او على ما ذهب اليه ابن حمزة من جوازها من الطرفين فالمتجه المنع
لعدم تعقل الرهن والاستيثاق على ما للمرتهن فسخه في كل وقت بل يعتبر في الحق ان يكون
لازما او يؤل الى اللزوم كالثمن في مدة الخيار بكونه لازما بالقوة القريبة من الفعل
بخلاف مال الكتابة على هذا التقدير فانه مما لا يؤل الى اللزوم مطلقا كما في الروضة و
غيرها من ان الجواز والتمكن من الاسقاط لا يمنع من الرهن والتنظير لذلك بالثمن في
مدة الخيار منظور فيه فتدبر **قوله** ومال الجعالة بعد الرد لا قبله لا اشكال في صحة الرهن
على مال الجعالة بعد العمل المجعول عليه من رد او غيره لاستحقاق العامل المال في ذمة الجاعل
ولزومه كما لا اشكال في عدم صحته قبل الشروع في العمل لعدم استحقاقه اصلا بخلاف
مال الاجارة فانه مستحق لازم في ذمة المستاجر بعقد الاجارة وان لم يجب تسليمه للاجير
قبل اكمال العمل اما لو شرع العامل في العمل المجعول عليه ففي صحة الرهن على مال الجعالة
قولان اشهرهما البطلان لان العامل لا يستحق شيئا الا بتمام العمل وفي التذكرة ان
الاقوى الجواز لانتهاء الامر الى اللزوم فصار كالثمن في مدة الخيار مقتضيا ثبوت الحق
في ذمة الجاعل في الشروع في العمل الا انه مترلزل كالثمن في مدة الخيار مع ان المعروف
عدم استحقاقه بالشروع الا بمقدار ما عمل او كان الفسخ من الجاعل واذ كان من العامل لا يستحق

اصلا كما سنبين فى محله انشاء الله ولو فرض استحقاقه من اول فيمتنع جواز الرهن عليه لاشتراط الحق المرهون عليه باللزوم فعلا او بالقوة القريبة من الفعل كالثمن فى مدة الخيار فان سبب اللزوم وهو العقد موجود وبقاؤه على حاله يفضى الى اللزوم واحتمال طرو الفسخ فى مدة الخيار منتف بالاصل اما مال الجعالة فان استحقاقه بعقد الجعالة والشروع على فرض جائز ولو بقى العمل على حاله من غير اكمال لم ينته الى اللزوم واحتمال طرو اللزوم باكمال العمل منفى بالاصل فلا وجه للتنظير بالثمن فى مدة الخيار والى ذلك اشار الفاضل الشارح فى الروضة والمسالك قوله فلا بد من امكان استيفاء الحق من الرهن فلا يصح الرهن على منفعة الموجر عينه مدة فلو اجره فى الذمة جاز قد سبقت الاشارة الى ان المعتبر فى الرهن استيفاء الحق منه لكونه بمعنى الوثيقة فلو لم يمكن الاستيفاء منه لم يكن وثيقة على الحق ولا اشكال فى امكان الاستيفاء فى كل حق متعلق بالذمة عينا او منفعة فلو اجره على تحصيل عمل من الاعمال بنفسه او بغيره جاز اخذ الرهن عليه لامكان استيفاء ما فى الذمة من الوجوه بتحصيل المنفعة به اما ما كان متعلقا بالعين كمنفعة الاجير المعين او الدابة المعينة فانه لا يمكن استيفاؤه من الرهن لامتناع تحصيل المنفعة المعينة منه عند تعذرها بل تنفسخ الاجارة بتعذرها بموت ونحوه وثبوت اجرة المثل فى بعض الاحوال كما لو استوفاها الموجر بنفسه او بغيره او منعها فى وجه لا يثبت صحة الرهن لعدم ثبوت الحق بين الا انها نوع مجرد احتمال الضمان لا يسوغ اخذ الرهن عليه ولذا اجمعوا على منع الرهن فى الاعيان الغير المضمونة وانما حكى من حكم بالجواز فى الاعيان المضمونة المنظر الى تحقق سبب الضمان وتوجه الخطاب بالمثل والقيمة حين الارتهان فهو مضمون بالفعل او القوة القريبة ليحسن اخذ الرهن على مثله وليشمله عموم الادلة بخلاف ما نحن فيه فان الضمان فيه فعلا واحتمال طرو سبب التفويت والاستيفاء المضمن لاجرة المثل منفى بالاصل ولذا حكم الاصحاب هنا من غير خلاف يعرف بينهم بعدم جواز الرهن وان اختلفوا فى

الاعيان

الاعيان المضمونة التى ادرج فيها العلامة فى التذكرة المضمون بالعقد كالمبيع قبل القبض فجوز اخذ الرهن عليه لاحتمال طرو الانفساخ فيستوفى الثمن المدفوع اليه من الرهن ولو لم يدفع الثمن الى البايع لم يسغ اخذ الرهن على المبيع لتعذر استيفاء عينه من الرهن لانفساخ البيع بالتلف وعدم ثبوت المثل او القيمة الا على تقدير مباشرة الاتلاف ولا ضمان قبل تحقق الاتلاف والحق المحقق فى التسوية بالاعيان المضمونة مال الجعالة اذا دفعه المستأجر قبل اكمال العمل لاحتمال عدم اكماله واستحقاق المستأجر الرجوع به فلا يتمكن من تحصيله الا بالرهن وهو متجه حيث ان دفعه الى الاجير لم يكن على جهة الاستحقاق وملك الاجير له متزلزل واستقراره بالعمل غير معلوم واحتماله منفى بالاصل فكان كالمدفوع قرضا يحسن اخذ الرهن على مثله ويندرج فى عمومات الادلة ولا يلزم من جواز اخذ الرهن على مثل ذلك جوازه على تحصيل المنفعة المعينة قبل عروض ما يوجب التضمين باجرة المثل كما لا يخفى ويجب البحث الى كل معين منفعة كان او اجرة معينة او نحوه ببيع او غيره ذلك بلنا فانه التعيين لامكان الاستيفاء المعتبر فى الرهن كما نبه عليه فى التذكرة قوله ويصح زيادة الدين على الرهن وزيادة الرهن على الدين لا اشكال فى صحة الرهن مع زيادته على الدين او زيادة الدين عليه لتعلق الدين بالذمة وان الغرض من الرهن الاستيثاق عليه فى الجملة فلا تقدح زيادته توسعة فى الوثيقة ليكون ذلك باعثا على الوفاء لامكان تلف بعضه فيبقى الباقى حافظا للدين ولا زيادة الدين عليه لحصول استيفاء البعض منه فيبقى الباقى متعلقا بذمة الراهن ويستفاد من جواز زيادة الرهن ونقصانه عدم المنع من الرهنين على دين واحد وانه يجوز ان يجعل رهن دين ورهنا عليه وعلى دين اخر مع اتحاد المرتهن ولو تعدد فالظاهر عدم صحته الا مع اجازة المرتهن قوله واما اللواحق فمسائل الاولى اذا شرط الوكالة فى الرهن لم يملك عزله ويضعف بان المشروط فى اللازم فيؤثر

جواز الفسخ لو اخل بالشرط لا وجوب الشرط ثم لو فسخ الوكالة فسخ المرتهن البيع المشروط بالرهن
ان كان قد سلف ان اشتراط المرتهن الوكالة على الراهن في البيع والحفظ من الشروط السائغة
فلا مانع من اشتراطه في عقد الرهن ومقتضاه ان المشروط ان كان هو الوكالة لزم التوكيل
لعموم الوفاء بالشروط الا ان في وجوب استمرار الوكالة وعدم ملك الراهن لعزله
موضع تردد نظرا الى ان الوكالة من العقود الجائزة واشتراطها لا يغير ما هو حكمها من
جواز الفسخ حتى لو اشترط عليه اثر الوكالة وغايتها وقلنا بصحته وترتب الوكالة بالشرط
من غير عقد لم يتغير حكمها ايضا بل لو اشترط الاستمرار وعدم العزل لم ينقلب حكمها الى
اللزوم بل يصح العزل وان اثم بفعله من حيث مخالفة الشرط لعدم الاخذ في عقد لازم
ولعله لذلك تردد المحقق في الشرائع ولما قيل من ان الشرط لعدم الاخذ في عقد لازم
في العقد الجائز غير لازم والرهن وان كان لازما من قبل الراهن لكنه جائز من قبل المرتهن
فلا يلزم الشرط فيه ترجيحا لجانب الجواز ولما بنى عليه المص من عدم وجوب الوفاء بالشرط مط
لا انما فائدة العقد اللازم عنه ضرر بالجواز والفسخ لكن الاظهر ما هو المشهود بل نقل عن
الحلي نفي الخلاف عنه من لزوم هذا الشرط على وجه العزل لان المفهوم عرفا من اشتراط الوكالة
في البيع انما هو اشتراط البيع بحسب الوكالة لا مجرد اشتراط عقد الوكالة وان فسخه الراهن
لعدم الفائدة فيه بل هو بما كان من الشرائط العينية على هذا التقدير نظير ما ذكره الاصحاب
من لزوم عقد التدبير بنذره لكون المتبادر نذر عتقه بعد الموت لا مجرد عقد التدبير
وان رجع عنه قبل موته وان ناقشهم في ذلك الفاضل الشارح كما سيأتي واما توهم
عدم لزوم هذا الشرط لترجيح جانب الجواز في عقد الرهن المأخوذ فيه ففيه ان ترجيح
جانب الجواز ليس باولى من ترجيح جانب اللزوم سيما بعد كون الملتزم بالشرط هو الراهن المحكوم
بلزوم الرهن من قبله على ان عموم الادلة بالشرط متناول لها اخذ منها في العقود مط اللازمة

كات

كانت او جائزة والمراد من حكمهم بجواز الشرط المأخوذ في العقد الجائز انما تبعيته لنفس العقد
في بقائه وفسخه اذا اراد فسخه بل يراد العمل بمقتضاه يلزم الوفاء بالشرط وحيث يفسخ العقد
يتبعه الشرط في الانفساخ وليس المراد جواز فسخ الشرط بدون العقد فليتأمل واما ما
ذكره المص من البناء فقد تقدم في البيع ضعفه بل اللازم منه فيما نحن فيه خلو الشرط عن
الفائدة اصلا لثبوت تسلط المرتهن على الفسخ مع الشرط وبدونه مع ان ضرره بالفسخ
لمخالفة الشرط اقوى من ضرره بفوات الشرط مع بقاء العقد فلذا وافق المص الاصحاب
في الدروس في لزوم هذا الشرط وجعل الفائدة هنا منحصرة بفسخ البيع لو اخذ الرهن
والوكالة فيه شرطا في عقد لازم كالبيع لكنه خروج عن محل البحث ويستفاد في الروضة
انه على ما ذكره المص في بعض تحقيقاته من ان اشتراطها بكون العقد كافيا في تحققه لازم انه
يتعين لزوم الوكالة لانه يصير كجزء من الايجاب والقبول فيلزم حيث يلزمان وفيه نظر يعرف
مما مر في البيع من ان مراد المص من لزوم هو لبيره والعقد كاف في تحققه لعدم احتياجه الى
عقد اخر غير الوكالة فان اشتراطها كاف في حصولها وهذا لا يقتضي لزوم الوكالة في نفسها
وعدم التمكن من فسخها بعد تحققها بالشرط كما لا يخفى قوله الثانية يجوز للمرتهن ابتياعه وهو
مقدم على الغرماء ولو اعوز ضرب بالباقي مع الغرماء اما ابتياع المرتهن الرهن فلا اشكال
فيه ان لم يكن وكيلا في البيع بان يشتريه من الراهن او نائبه كان يكون وكيلا في بيعه فان فهم
عموم الوكالة واراد البيع من اي مشتر كان ولو من نفسه فلا اشكال في الجواز الا من حيث
اتحاد الموجب والقابل وقد مر عدم المنع منه لكفاية المغايرة الاعتبارية وان الوكالة في
البيع نفي جواز ابتياعه الاطلاق الوكالة وعدم انصراف الاطلاق الى غيره وللحوق التهمة
التهمة له في شرائه قولان اظهرهما الجواز للمنع من انصراف الاطلاق الى الغير وان كان اظهر
الفردين لظهور الاخر ايضا وللمنع لحوق التهمة في كثير من الاحوال ولعدم صلاحيتها للمنع

منه على قوة منها انه لا يبعد كراهيته مثله ولو في البيع على الغير كما لو كان ولدا ولعله لذا لا اشكال في
وان نسب اليه القول بالمنع واما اختصاص المرتهن بالرهن وتقديمه على الغرماء فلا خلاف في
فيه وان كان المديون ميتا وان افلس وحجر عليه وكذا ان كان ميتا الا انه ربما ينسب الخلاف الى الصدوق
لايراد خبر عبد الله بن الحكم الظاهر في قسمة جميع ما تركه المديون من المرهون وغير المرهون على
غرمائه بالحصص وهو وان كان لم يؤيد من الاعتبار الا انه ضعيف بالشذوذ ومخالفته للاشتهار
فلا مناص عن اطراحه او تنزيله على ما اذا كان الرهن بعد التحجير **قوله** الثالثة لا يجوز لاحدهما
التصرف فيه اي لا يجوز لكل من الراهن والمرتهن التصرف في الرهن وهو في الجملة مجمع عليه بين الاصحاب
مدلول عليه بالنبوي المشهور النقل كما عدّه في ايضاح النافع الراهن والمرتهن ممنوعان من
التصرف في الرهن الا ان المقدار المقطوع به من تصرفات الراهن هو المنع من كل تصرف مضر بالمرتهن
من مزيل للملك او نقص المرهون عينا او قيمة او مزاحم بمقصوده كرهنه من غيره ونحو ذلك واما الانتفاع به
من ركوب او لبس او استخدام او زراعة ونحو ذلك فظاهر المشهور المنع ايضا لعموم النبوي المذكور
المعتضد بظاهر الاجماع المحكي عن ط وصريح المحكي عن الخلاف على انه ليس له ان يكري داره المرهونة
او يسكنها غيره وربما قد يظهر من مفهوم الرهن الذي هو بمعنى الحبس لاستيثاق وتحريك
المديون على الاداء فانه لا يتم ذلك بدون الحجر على الراهن في جميع الانتفاعات كما ادعى به جماعة
من الاصحاب فما قد يظهر من التذكرة من قصر المنع على ما يضر بالمرتهن خاصة غير متجه وان تبعه
في ذلك بعض المتاخرين اذ لا مستند له سوى الاصل المنقطع ببعض ما عرفت وما ورد في
صحيح بن مسلم وحسن الحلبي عن الصادق ع في الجاهل المرهونة ايحل وطؤها فقال ان الذين
ارتهنوها يحولون بينه وبينها قلت ارايت ان قدر عليها قال نعم لا ارى هذا عليه حرام وما ورد
من الطريقين يركب اذا كان مرهونا وعلى الذي يركبه نفقته والذي يشرب وعلى الذي يشرب نفقته
وفيه ان ما دل على جواز الوطي مع قصور دلالته ولاحتمال ارادة نفي الحرمة الذاتية الموجبة

للحد

للحد متروك لاندراجه فيما ينضم بالمرتهن غالبا او العراض الاصحاب عنه ورميه بالهجر والشذوذ في
كلماتهم ونقل الاجماع على تحريم الوطي بالخصوص في المحكي عن الخلاف وط كما هو ظاهر غيرهما
فلا مناص عن الاعراض وحمله على التقية التي يقل في كيفية الجواب ايما اليها وما دل على
جواز الركوب والشرب في مقابلة النفقة ان اقتضى بعدم الفرق بين الراهن والمرتهن في
اباحتهما ومقتضاه قصر الاباحة عليها بالخصوص لا كل تصرف وستعرف ما فيه فلا اشكال
في عموم الحجر لجميع التصرفات عدا ما فيه مصلحة الرهن كمداواة المريض بما لا ضرر فيه وسقي الدابة
ورعيها وتابير النخل وخفض الجارية وختن العبد والفصد والحجامة ونحو ذلك مما
لا اجماع على منعه بل صرح جماعة بجوازه ونقل ظاهر الباقين لعدم تعرضهم لمنع شيء من
ذلك مع ان المنع منه ربما ادى الى تلف المال وهو ضرر على المالك ولم يكن سوى الاصل
بعد الشك في صدق التصرف على مثله او انصرافه اليه واراده منه لكفى دليلا على الجواز
فما عن بعض الافاضل من التامل فيه لعله في غير محله واما المرتهن فلا اشكال في منعه من جميع
التصرفات عدا ما يتعلق بالحفظ حيث يكون الرهن بيده والاستيفاء بالبيع ونحوه حيث
يتعذر الوفاء من المالك فلو تصرف الراهن من غير اذن المرتهن فان كان بعقد ناقل
للعين لم تعتبر الاجازة ولم يصح وان كان بعقل منفعة كتزويج لعبده او امته صح الا انه
لا يسلم بدون اذن المرتهن وان كان بنقل منفعة كالاجارة ونحوها فان كانت المدة باقية
بعد حلول الدين وقف على اجازة المرتهن وان كان انقضاؤها قبل حلول الدين ففي
بدون الاجازة وجهان اقربهما العدم حسما للمادة كما قد عرفت وان كان بانتفاع كسكنى
الدار وركوب الدابة اثم على الاقوى وفي الزامه باجرة المثل لتكون رهنا وجهان اقواهما
العدم كما سياتي وان كان بغرس او زراعة اجبر على ازالته ولو حمل السيل حبا او نوى
فنبت في الارض المرهونة ففي الزام الراهن بقلعه وجهان العدم وان كان بوصية او تدبير

صح على الاقوى لعدم التصرف بالرهن وعدم مزاحمة المرتهن لكون التدبير وصية
ولا وصية الا مع بعلية الدين ولو تصرف المرتهن بدون اذن الراهن اثم وضمن الرهن عينا
ومنفعة بالاستيفاء والتفويت كالغاصب قوله ولو كان له نفع او اجر يمكن ان يراد
من لزوم اجارته دفعا للضرر اللاحق للراهن بتفويت منفعته المملوكة له وللمرتهن بتفويت
الاجارة التي تكون رهنا عنده ايض بناء على انها من النماءات التابعة للعين كالرهانة
وح فلو اتفقا على اجارته فلا اشكال وان امتنعا او احدهما تولى الحاكم اجارته و
يمكن ان يريد جواز اجارته حيث يريد المالك ذلك وان امتنع المرتهن من تسليم العين
حيث تكون بيده الى المستأجر جبره الحاكم على التسليم وهو متجه لولا المنافات ما تقدم
من ان الراهن محجور عليه في جميع التصرفات الناقلة للعين والمنفعة وغيرها فلعل
المص لما يرى المنع من التصرف الذي لا يضر بالمرتهن فتامل قوله ولو احتاج الى مؤنة
فعلى الراهن ما احتاج الى مؤنة ان كان حيوانا واجب النفقة على المالك فلا ريب في
لزوم نفقته للراهن حيث يكون مالكا فيجبر عليها ان امتنع ولو تبرع المرتهن او غيره بالنفقة
مع عدم الامتناع لم يستحق الرجوع عليه وان قصد الرجوع ولو امتنع رفع امره الى الحاكم
ليجبره على الانفاق فان تعذر جبره استاذن الحاكم في الانفاق والرجوع فاذا انفق رجع
على المالك ولو تعذر الحاكم اشهد عدول المسلمين على الانفاق والرجوع ليرجع به وانما
يعتبر الاشهاد لثبوت الحق من غير يمين والا فيكفي في الرجوع بدعوى الانفاق وقدره ونية
الرجوع مع اليمين وهكذا لو تعذر استيذان المالك لغيبته ونحوها اما لو كان الرهن غير
حيوان وكان محتاجا في بقائه رهنا الى مؤنة كسقي الاشجار وتجفيف الثمار واجرة
البيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون واجرة من يرد العبد من الاباق ونحو ذلك فظاهر
العبارة ونظائرها الزام الراهن بها وهو مشكل فان الزام المالك بتعمير العقار المرهون لو انهدمت

العمارة

العمارة الى الخراب ورد العبد اذا ابق بيد المرتهن ونحو ذلك مخالف لما دل على ان الناس
مسلطون على اموالهم والاصالة البراءة من الوجوب وتعلق حق المرتهن بالعين المرهونة
لا يقتضي وجوب تدارك التلف والاضمحلال اليسير لتعلق حق المرتهن به الا ان يكون قد
اشترط المرتهن عليه ذلك قوله ولو انتفع المرتهن به لزمه الاجرة وتقاصا ظاهره ان الانتفاع
بالمرهون مطلقا مما له مؤنة واجبة كالحيوان او لا قام به المرتهن بمؤنته او لم يقم كان انتفاعه
باذن الراهن او بدونه موجب للزوم الاجرة في ذمة المرتهن وجواز التقاص بها من الدين
وهو بالنسبة الى لزوم الاجرة بغال الراجرة كالركوب والاستخدام والعوض فيما له عوض
كاللبن المشروب جار على قاعدة التصرف والانتفاع بمال الغير عينا ومنفعة الا ان
جواز التقاص بذلك من الدين مطلقا مخالف للمقتضي القاعدة الشرعية من استحقاق كل
منهما الرجوع على صاحبه بما يستحقه عليه الا ان يريد التقاص القهري حيث تكون اجرة المثل
مماثلة للدين من عين او صنف او على التراضي منهما بذلك وعليه يحمل ما ورد في جملة من النصوص
المعتبرة الواردة في رهن الارض التي لها غلة او يزرعها المرتهن انه يحسبها المرتهن من
مال الرهن ليستوفي دينه والمستفاد من اطلاق العبارة لزوم الاجرة وان كان المرهون حيوانا
قد انفق عليه بنية الرجوع لكن المنسوب في الدروس الى المش جواز الانتفاع في المركوب
والمحلوب بالركوب واللبن في مقابلة مؤنته اذا قام بها المرتهن زادت على اجرة المثل
او نقصت وبه صرح الشيخ في ط وابو الصلاح وغيرهما مع زيادة الانتفاع باستخدام
العبد ايض استنادا الى صحيح ابي ولاد عن الصادق ع في الرجل ياخذ الدابة والبعير رهنا
بماله الله أن يركبه فقال ان كان يعلفه فله ان يركبه وان كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس
له ان يركبه وخبر السكوني عن ابي جعفر ع عن ابيه عن ابائه عن علي ع قال قال رسول الله صلعم
الظهر يركب اذا كان مرهونا وعلى الذي يركبه نفقته والدر يشرب اذا كان مرهونا وعلى

الذي يشرب بفقده الآن الاعتماد على هذين الخبرين في معارضة القواعد الشرعية كقاعدة
حرمة التصرف والانتفاع بمال الغير وقاعدة لزوم أجرة المثل في مقابلة المنفعة المأذون
فيها وغيرها وقاعدة ضمان من غير إذنه وقاعدة عدم استحقاق رجوع المتبرع بما غرم
وقاعدة رجوع كل ذي حق بحقه إلا مع اجتماع شرائط المقاصة في غاية الإشكال سيما
مع مصادمتهما في المقابلة والمقاصة وعدم ثبوت موافقتهما للشهرة بل قيل إنه لم يعمل
لهما أصحابنا سوى الشيخ في النهاية وابن الصلاح فلا مناص من اطراحهما أو تنزيلهما على صورة
الإذن من المالك أو من يحكم بذلك وعلى فرض توقف الحفظ عليه لما قيل من أن بعض الدواب
يفسده عدم الركوب وترك الحلب أو على خوف ضياع المنفعة على صاحبها فقد رجح
في شرح جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك عند تعذر استئذانه واستئذان الحاكم
واستحسنه في الروضة وهو حسن لكن الانتفاع به على هذا الوجه مع ضمان المثل والقيمة
من الإحسان مقطوع مع رضا المالك عادة إلا أنه لا يقتضي الرجوع على المالك بالنفقة
حيث يكون متبرعا بها فضلا عن أن يكون المنفعة في مقابلة الانتفاع وإن زادت أو نقصت
فلا يخرج الخبران بذلك أيضا عن مخالفة القواعد الشرعية قوله الرابعة يجوز للمرتهن الاستقلال
بالاستيفاء لو خاف جحود الوارث إذ القول قول الوارث مع يمينه في عدم الدين وعدم الرهن
لا خلاف في جواز استقلاله بالاستيفاء مع خوف الجحود وعدم البينة بل عن شرح الإرشاد
ومجمع البرهان الإجماع عليه مضافا إلى مكاتبة المروزي إلى أبي الحسن في رجل مات وله ورثة
فجاء رجل فادعى عليه مالا وأن عنده رهنا فكتب إن كان له على الميت مال ولا بينة له عليه فليأخذ
ماله مما في يده ويرد الباقي على ورثته ومتى أقر بما عنده أخذ به وطولب بالبينة على دعواه
وأوفى حقه بعد اليمين ومتى لم يقم البينة والورثة ينكرون فله عليهم يمين يحلفون بالله
على ما يعلمون له على ميتهم حقا ولا وجه للمناقشة في سندها بعد انجبارها بما عرفت

ولا في دلالتها

ولا في دلالتها لاقتضاء إطلاقها جواز المقاصة بلا خوف الجحود نعم قد يدعى اعتبار العلم
بالجحود اقتصارا فيما خالف أصالة الحرمة في التصرف بمال الغير على المتيقن لكن الأصحاب
اعتبروا خوف الجحود وفسر في كلام الأصحاب بعضهم بالظن الغالب مع أنه أعم من ذلك لغة و
عرفا وتقييد الجواز بعدم البينة معتبر في النص والفتوى عدا عبارة الشرائع فإن إطلاقها
ظاهر في عدم اعتبار فقد البينة كما صرح به المحكي عن الأردبيلي وهو غريب لظهور النص في
التقييد بعدمها كما هو الأوفق بالاحتياط في التصرف بمال الغير بغير إذنه بل لولا الإجماع
لتحقق المنع ولو مع العلم بالجحود وعدم البينة إذ المقاصة إنما تحل مع الامتناع عرفا إذ
الحق بعد ثبوته شرعا ولم يثبت الامتناع وإن جحد الوارث لعدم علمه بالحال والمدار
في البينة المعتبرة نفيها المقبولة عند الحاكم علما أو ظنا أما لو ظن عدم قبولها عند الحاكم
لأحد الأسباب ففي إلغاء وجودها وجهان أقواهما ذلك لكون غير المقبول كالمعدوم والظاهر
إلحاق الراهن بالوارث لو خاف جحوده وللبينة وفي اختصاص هذا الحكم بالرهن وتعديه
إلى سائر الأمانات ونحوها أقربهما التعدية إلى غيره من الأمانات لعدم الفارق بينهما
في التضرر بعدم الاستيفاء والأحوط استئذان الحاكم بالمقاصة هنا وإن فرض إمكان
الاستئذان على وجه العموم بحيث لا يؤدي إلى الاعتراف بالرهن وإطلاق النص والفتوى
بخلاف الاستقلال بالاستيفاء في مقام امتناع الراهن عن الأداء أو غيبته المتطاولة
فإن الأظهر توقف الاستيفاء على إذنه لكونه ولي الممتنع والغائب فلو أمكن الرجوع
على المالك إلا أن يخاف من الرجوع إلى الحاكم والاعتراف له بالرهن فوات حقه فله الاستقلال
من غير مراجعة دفعا للضرر قوله الخامسة إذا باع أحدهما توقف على إجازة الآخر
لا ريب في توقف صحة بيع كل من الراهن والمرتهن من غير إذن على الإجازة أما المرتهن
فلأنه فضولي محض وأما الراهن فلأنه وإن كان مالكا إلا أنه محجور عليه لحق المرتهن فهو

فضولي حق الا يصح بدون رضا المرتهن واجازة البيع من كون الاجازة ناقلة او كاشفة تمام في البيع ونتوهم كون الاجازة من المرتهن لا تكون ناقلة نظرا الى انها بمعنى اسقاط حقه من العين والسقوط قبل الاجازة والرضا اذ يستحيل تحقق السقوط قبل الاسقاط مدفوع بان معنى اجازة رضاه بالمسقط وهو البيع السابق المنافي لحقه فلا مانع من وقوع اثره في الزمن السابق على ما هو معتبر في صحته من رضا المرتهن وهو معنى الكشف وحيث تحقق الاجازة فان كان البيع قبل حلول اجل الدين حيث يكون مؤجلا فالظاهر بطلان الرهن في كل من العين والثمن الا ان يشترط المرتهن في اجازته رهن الثمن اما البطلان مع الاطلاق فلذهاب العين المرهونة وعدم الدليل على قيام عوضها مقامها كما في صورة الاتلاف ورهن ما يخشى عليه الفساد واما جعل الثمن رهنا مع الشرط فلعموم وجوب الوفاء به وظاهر الاتفاق وان كان للمناقشة مجال في لزوم هذا الشرط لعدم اقترانه بعقد لازم بل بالاذن وهي خارجة عن العقود ودعوى ان الشرط في الاذن بالعقد كالشرط في العقد مصادرة وتوجيه المصنف له في شرح بانه قريب من نقل الوثيقة من عين الى اخرى كما مر ثم او قيل ان عقد الرهانة يقتضي تعلق الحق بالعين والعوض في كل اتلاف موجب للعوض به ما كان او غيره امكن دعوى بقاء الحق في العوض مع الشرط لعدم اسقاطه بخلاف ما اذا اطلق لظهور الاطلاق في اسقاط حقه من الرهن مطلقا عينا وقيمة لكنه محل نظر وتامل وان كان البيع بعد حلول الاجل او كان الدين حالا فالمعروف بطلان الرهانة ان كان البائع الراهن وبقائها في الثمن ان كان هو المرتهن استنادا في البطلان الى ما مر من ظهور اذن المرتهن في اسقاط حقه من الرهن مطلقا وفي بقاء الثمن الى ان بيع المرتهن باذن الراهن بعد الحلول من مقتضيات عقد الرهن فاذا باع بقي الثمن في يده رهنا حتى ياذن له الراهن في الاستيفاء منه وهو مبني على ان بيع المرتهن انما وقع لحق الرهانة والاستيفاء فاذا اجازه الراهن لزم

ما ذكر

ما ذكره لكنه غير متعين اذ من الجائز بيعه فضولا عن المالك لا لاجل الاستيفاء وحق الرهن فيكون بيعه بعد الاجازة موجبا لتلف الدين وسقوط حقه من الراهن مطلقا كما ان بيع الراهن ايضا يمكن ان يكون لوفاء الدين وان اجازة المرتهن لذلك فلا يكون بيعه موجبا لسقوط حق المرتهن من الثمن فلذا ذهب الشيخ والمص في شرح وغيرهما الى بقاء التعرض رهنا في بيع الراهن المأذون واختار الكاشاني في المفاتيح والسيد في الرياض بطلان الرهن مطلقا في بيع كل من الراهن والمرتهن ومع ذلك فالاظهر ما عليه المشهور من التفصيل قوله وكذا عتق الراهن الا المرتهن اي يصح عتق الراهن مملوكه المرهون باجازة المرتهن ولا يصح عتق المرتهن له وان اجاز الراهن اما صحة عتق الراهن معه فيه بعد الاجازة من المرتهن فهو المشهور لعموم العتق وحصول سببه وهو الصيغة المقترنة بالقربة ولا مانع سوى حق المرتهن فاذا زال بالاجازة اثر المقتضي اثره وقيل ببطلانه لاشتراط تنجيزه ومنافاة التعليق له وللقربة المعتبرة فيه ولكونه من الفضولي الممنوع في نفسه وفي خصوص كلما يعتبر فيه القربة من وقف وعتق ودفع زكوة وخمس ونحوها ولكون الراهن منهيا عن التصرف في الرهن والنهي يقتضي الفساد وللشك في صحة ما ذكره والاصل يقتضي الفساد وضعف الجميع ظاهر فان اشتراط التنجيز معتبر في سائر العقود والايقاعات ولا ينافيه توقف الصحة على حصول شرط او زوال مانع لم يعتبر مقارنته للسبب كالتقابض في الصرف وقبض الثمن في السلم والرضا في مطلق البيع وغير ذلك ولا يعد مثله من التعليق فان المنافي منه ما كان من الشروط التي تكون من العاقد لا ما اعتبره ومنه يعرف عدم منافاة مثله للقربة ولذا صح الوقف مع اشتراط القربة فيه وان توقف على القبض ودعوى اندراجه في الفضولي ممنوعة لكون الراهن متصرفا بماله التصرف فيه لولا حق المرتهن فاذا اسقط حقه سقط مع ان الفضولي صحيح في نفسه واصالة الفساد يقطعها العموم فلعل الاظهر الصحة وان تردد في الشرائع اولا وجزم من جزم

بالبطلان هنا كما جزم به فيما لو تعقبه الفك الذي لا فرق بينه وبين الاجازة جوازا ومنعا عند
المحقق واما بطلان عقد المرتهن فقد قطع به كثير من الاصحاب والظاهر ان مرادهم عتقه
عن نفسه لا عن الراهن فانه لا مانع من صحته عن الراهن سوى كونه فضوليا فبنى على المعروف
من صحته وان كان فيما شرط فيه القربة فالمتجه صحة عتقه واما عتقه عن نفسه فالاظهر بطلانه
لعدم تملكه ولا عتق الا في ملك وجواز عتق المامور بعتق العبد عن نفسه لا يقتضي الجواز
هنا للفرق بين الاذن السابقة والاجازة اللاحقة من حيث امكان تقدير الملك في الاولى
بزمان يسير مقارن للعقد وتعذره في اللاحقة واحتمال انها على الكشف تكون كاشفة عن دخوله
في ملكه انا ما قبل العتق على نحو ما لو وهب من نفسه فضولا ثم اعتقه فاجاز المالك الهبة
بعيد جدا مع ان الكشف قد لا يلتزم به في المقام وعلى فرضه فالتزام تقدير الملك لصحة
العتق مع الاذن السابقة جمعا بين الدليلين لا يلزم تقديره لها مع الاجازة ايضا لكونه تمحلا
لا مقتضي له قوله ولو وطئها الراهن صارت مستولدة مع الاحبال وقد سبق جواز بيعها اذا
وطئ الراهن جارية المرهونة باذن او بدونه فاحبلها فلا خلاف في صيرورتها ام ولد كما
لا خلاف في عدم بطلان الرهن بذلك وان قلنا بتحريم بيعها تقديما لحق الاستيلاد فان
تقديم احد الحقين لرجحانه لا يقتضي بانفساخ الآخر وبطلانه وتظهر الفائدة فيما لو عرض
المبطل للراجح منهما كموت الولد في الاستيلاد فان حق الرهن باق على تعلقه بالعين لم يبطل
بمجرد عروض الاستيلاد حتى يفتقر الى تجديد بعقد ولا يقال ان جواز البيع شرط في ابتداء
الرهن وما هو شرط في الابتداء شرط في الاستدامة لان اشتراط جواز البيع انما هو
لصحة عقد وتسبيب الرهن بعد انعقاد الرهن وتاثير السبب والا لبطلت جميع العقود
بزوال ما كان معتبرا فيها حين العقد وهو بديهي البطلان ومحل التلازم بين شرطية
الابتداء والاستدامة انما هو في نحو الاعمال المستمرة من صلوة وصيام ونحوها فان

الفوات

الفوات شرط في ابتداء العمل يقتضي مراعاته في تمام العمل بمقتضى الاستصحاب واما
نحن فيه كما لا يخفى فلا اشكال في اجتماع الحقين في تقديم احدهما وانما البحث في قوة
حق الاستيلاد او الرهن مع التزاحم في البيع وعدمه فالمشهور تقديم حق الرهن فيباع
في الدين وان لم يكن في ثمن رقبتها لاسبقية حق الرهن واصالة جواز البيع لو فرض التساوي
وعدم المرجح ويؤيده جواز بيعها في ثمن رقبتها ولا فارق بينه وبين غيره من الديون
المحقق والعلامة في التحرير والفاضل الشارح تقديم حق الاستيلاد لقوته وهو الاقوى
لكونه كالعتق المبني على التغليب بل لعله اقوى لنفوذ استيلاد المجنون والمحجور عليه دون
العتق ولان استيلاد المريض يكون من الاصل بخلاف العتق فانه من الثلث بناء على ان
منجزات المريض من الثلث ولان حق الاستيلاد لو سقط لسقط لا الى بدل بخلاف
الرهن فانه ان سقط قام ما في الذمة مقامه ولذا قدم حق الجناية على حق الرهن في العبد
المرهون اذا جنى وعن الشيخ في الخلاف وابن زهرة والفاضل في التذكرة والمص في الحواشي
تقديم حق الرهن مع اعسار الراهن دون يساره بل تبذل قيمتها رهنا جمعا بين الحقين وعن المص
في بعض حواشيه جواز بيعها ان كان الوطي بغير اذن المرتهن ومنعه ان كان الوطي باذنه عملا
بالاصل والاعتبار وقد سبق التنبيه على ذلك في البيع قوله ولو وطئها المرتهن فهو زان فان
اكرهها فعليه ان كانت بكرا والا فمهر قد سبق الكلام في هذه الاحكام في بيع الحيوان
بما لا مزيد عليه لعدم الفرق بين المرتهن وغيره من الاجانب فيها فلذا الحظا قوله السادسة
الرهن لازم من جهة الراهن حتى يخرج عن الحق عقد الرهن بعد اجتماع شرائطه لازم
من طرف الراهن كما انه جائز من طرف المرتهن من غير خلاف بين الاصحاب بل على لزومه الاجماع
المنقول في التذكرة وغيرها مضافا الى الاصل وان الحق عليه فلا يخرج بدون الخروج عنه
باحد الاسباب المقتضية لسقوط حق المرتهن من اسقاط حقه من الرهن او ابراء ذمة الراهن

من الدين او تأدية الدين ولو من متبرع او فراغ ذمة الراهن منه باقالة او حوالة او ضمان
ونحو ذلك ولا يخرج عقد الرهن عن اللزوم باشتراط الراهن الخيار بل يفسد لفساد
اشتراطه فيه من حيث منافاته لمقتضاه من الاستيثاق ولا باشتراط عقد الرهن في ضمن
عقد لازم تبين فساده وبعد عقد الرهانة خلافا عن المحكي عن العلامة فاثبت الخيار
بذلك للراهن لتضرره حيث اقدم على الرهن بتوهم التزام لزم صحة العقد المشروط فيه
لكن حيث كان عقد الرهن في نفسه صحيحا انحصر الخيار ضرورة بثبوت الخيار فهو كما
ترى فان زعم الصحة من دواعي الرهن وبواعثه فلا يقدح توهمها في صحة عقد الرهن
ولزومه لو ظهر عدمها ولا يعد هذا ضررا ولا ينجبر مثله بالخيار على فرضه وهذا الحكم غير
مختص بالرهن بل يجري في كل عقد وايقاع قد اشترط في عقد لازم تبين خلافه والزام
الخيار متعذر في كثير منها كالطلاق والعتق والنكاح والابراء وغيرها ولو خرج الراهن عن بعض الحق
بايفاء او ابراء ففي خروج الرهن او ابقائه كله او بالنسبة اوجه بل اقوال مبنية على ان
الرهن وثيقة على مجموع الدين فلو ادى بعضه انفك الرهن كله لفوات المجموع او على كل
جزء من الدين فيبقى الرهن كله ما بقي جزء من الدين او على جميع الدين موزعا عليه كتوزيع الثمن
على المثمن والاظهر بقاء الرهن كله ببقاء جزء من الدين وان قل لظهور الارتهان في
الاستيثاق به على هذا الوجه ونقل الشيخ الاجماع عليه وشذوذ القول بكونه رهنا على
المجموع بل لم يتحقق القائل به الا ما ينسب الى مفهوم عبارات القواعد والتذكرة فلا ريب في ضعفه
كضعف القول بالتوزيع وان نسب الى العلامة وولده استنادا الى انه كالمعاوضة لبعد
شبهه عن المعاوضات ولمنافاته للاستيثاق المطلوب من الرهن والاقتضائه انه لو تلف جزء
من الرهن ان يبقى الباقي رهنا على جميع الدين ولعله خلاف ظاهر النص والاجماع هذا
مع الاطلاق والا مع الاشتراط فيتبع الشرط فيصح اشتراط رهنه موزعا على المجموع من غير خلاف

اجله

اجله وقد يتأمل في صحة اشتراط الاخير لاقتضائه انفكاك الرهن بتأدية الجزء اليسير من الدين وهو
مناف للاستيثاق على المال الا ان يقال بان الاستيثاق على الجزء اليسير متحقق وهو كاف في مسمى
الرهانة وفوات الاستيثاق على الباقي غير قادح كاخذ الرهن على بعض الدين ولعدم تضرر المرتهن
بذلك لاقدامه عليه بل قد يقال ان للمرتهن الامتناع من قبول بعض الدين لتضرره بفوات الرهانة
فلو قبله كان هو الداخل للضرر على نفسه قوله فيبقى امانة في يد المرتهن لا اشكال في بقاء الرهن
بعد انفكاكه امانة بيد المرتهن لو كان الرهن بيده انما الكلام في كونها مالكية لا يجب رده الى
الراهن الا مع مطالبته او شرعية كالثوب الذي اطارته الريح يجب رده ما حضر اليه فالمعروف بين
اصحابنا الاول لانه مقبوض باذن المالك كالوديعة فلا يلزم رده قبل الطلب واحتمال الثاني لان الاذن
هنا مقيدة بالرهانة فتنتفي الاذن بانتفائها مدفوع بان استمكان المرتهن الرهن لا مدخلية
له في الرهانة ولا فرق بين انفكاك الرهن بتأدية من الراهن او بابراء من المرتهن خلافا لبعض اهل
الخلاف فاوجب الضمان في الاول على المرتهن كما لا فرق بين علم الراهن برهانته ونسيانه وفي وجوب اعلام
الراهن مع النسيان ومع الجهل بانفكاك الرهن كما لو ابراه المرتهن او تبرع بالوفاء متبرع
من غير علمه وجهان اقويهما وجوب الاعلام لما في تركه من تضييع المال قوله ولو شرط كونه مبيعا
عند الاجل بطلا وضمنه بعد الاجل لا قبله اذا شرط في عقد الرهن انه اذا حل اجل الدين فالرهن
مبيع على المرتهن فقد قطع الاصحاب ببطلان الرهن والبيع بل عن الشيخ دعوى الاجماع
عليه اما بطلان الرهن فلاستلزام الشرط المذكور توقيته لا يوقت للاجماع على
اعتبار دوامه ومنافاة التوقيت لمقتضى الاستيثاق واما البيع فلتعليقه وتجرده
عن الصيغة وفساد اشتراطه موجب لفساد الرهن المشروط فيه وما في التحرير من نسبة صحة
الرهن معنا الى الشيخ وحكمه بانه جيد غريب اذ لم ينقل خلاف هنا عن الشيخ ولا غيره
نعم يحكى الخلاف فيه عن بعض العامة وهو غير ملتفت اليه واما ما ذكره المصنف من ضمانه بعد الاجل

وعدم ضمانه قبله فوجهه واضح فانه على هذا التقدير قبل الاجل رهن فاسد لا يضمن وبعد الاجل
بيع فاسد مضمون لان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وقاعدة مطردة
متفق عليها بين الاصحاب في كل من طرفي الاثبات والنفي من غير فرق بين المتعاقدين عالمين بالفساد او
جاهلين او بالتفريق وان تأمل بعض متأخري الاصحاب فيما نحن فيه في صورة جهل الدافع وعلم القابض
نظرا الى ان الدافع انما دفع لتوهم الصحة والقابض قد قبض بغير حق فيشمله عموم على اليد بل ربما
احتمل ذلك في صورة جهلهما ايض لكن يدفعه عموم القاعدة وان توهم الصحة من الدواعي فلا
ينافي تحقق الاذن من المالك بقبضه واحتمال عدم رضاه لو تبين له الفساد غير قادح لعدم تحققه
فالمقتضي للحل موجود والمانع غير معلوم قوله الثالث بعدم دخل النماء المتجدد في الرهن على الاقرب
الاصح شرط عدم الدخول للنماء المتجدد بعد العقد ان كان متصلا غير قابل للانفصال كالسمن و
العلو فهو داخل في الرهن من غير خلاف ولا اشكال بل عليه الاجماع المستفيض النقل واشتراط
عدم الدخول لم يبعد فساد الشرط وان كان قابلا للانفصال او منفصلا كالصوف والشعر والثمرة
والحمل فلا خلاف في دخوله في الرهن مع الشرط واشتراط الدخول وخروجه مع اشتراط الخروج
ولا يقدح في دخوله عدم وجوده حين العقد لكونه من التوابع المعتبرة فيها ما لا يفتقر في
متبوعها وانما الخلاف في دخوله مع الاطلاق فالمشهور الدخول للاجماع المنقول في الغنية
والسرائر المؤيد بالشهرة في الانتصار الى تفردات الامامية وبان النماء تابع للاصل في كثير
من الموارد وبما جاء من تبعية ولد المدبرة لها وبان النماء لو لم يكن تابعا لجاز التصرف
بالعين وذهب كثير من الاصحاب منهم الشيخ في ف وط والمحقق في نكت النهاية على ما حكي والعلامة
وولده والمحقق الشيخ علي والفاضل الشارح وجملة من المتأخرين الى عدم دخوله تمسكا
بالاصل من غير معارض ولمنع الاجماع بل ظاهر التذكرة كما عن صريح الخلاف في الزكوة
الاجماع على عدم الدخول وضعف ما اشير اليه من المؤيدات اذ الاستقراء القطعي منتف

والظني

والظني مع عدم تحققه غير منجبر ويبقى التبعية في المدبرة للدليل ولما بينا العتق على التغليب
وعدم جواز التصرف للحجر على الراهن في العين المرهونة لا يقتضي دخول النما للرهانة وهذا
القول متجه في نحو الحمل والثمرة دون ما كان متصلا اتصال الجزء كالصوف والشعر فان
الاظهر في مثله عدم الدخول لقضاء العرف بدخوله فيه كدخول الموجود فيه حال العقد ايض
واحتج الفاضل على الدخول مطلقا بما دل من الاخبار على ان نماء الرهن للراهن والادلة
الاعلى بتبعية الملك فيه وبورود الخلاف على الظ ما كان من الاعيان المتولدة من الرهن دون
الاكتساب واجرة المنافع فان الظ عدم دخولها لانتفاء الدليل عليه بل في التذكرة لا خلاف
في كسب المرهون ليس بمرهون لكن المص في س بعد ذكر الخلاف قال ولا فرق بين المتولد منها
كالولد والثمرة وبين غيره ككسب العبد وعقر الامة انتهى وهو في كسب العبد لعله خلاف
ظاهر الفتاوى واما عقر الامة فلا يندرج في العوائد النماء تاما فلا ينبغي الحاقه بها نعم ما
كان في مقابلة افتضاض البكر يمكن اندراجه في اروش الجنايات واعواض المتلفات المحكوم
عليها بالرهانة قوله ينتقل حق الرهانة بالموت الا الوكالة والوصية الا مع الشرط لا تبطل
الرهانة بموت كل من الراهن والمرتهن من غير خلاف بين الاصحاب للزوم الرهن من قبل
الراهن فان مات المرتهن انتقل حق الرهانة الى الوارث كغيره من الحقوق الموروثة
الا انه ان كان وكيلا او وصيا من قبل الراهن على بيع الرهن والاستيفاء منه لم ينتقل
ذلك الى الوارث بل تبطل الوكالة والوصاية لانتفاء المحل من غير فرق بين ان تكون
الوكالة والوصية مشروطة في العقد الا ان يكون قد اشترط عليه وكالة وارثه او وصايته
عنه بعد موته فيلزم ولا يقدح جهالة الوارث وعدم وجوده في جعله وكيلا اذ المراد
من اشتراط وكالته اما اشتراط ان يجعله وكيلا بعقد جديد او اشتراط تصرف الوارث
بالبيع عنه بحسب النيابة ولا يقدح في ذلك الجهالة وعدم الوجود نعم لو اريد منه انشاء

الوكالة بالشرط توجه عليه ان المعتبر في الوكيل وجوده من التوكيل مضافا الى ما في اشتراط
نتيجة الوكالة وغيرها من العقود من الكلام وللراهن الامتناع من استيمان الوارث
وبالعكس فيتفقان على امين والا فالحاكم هذا الحكم مبني على ان ليس للمرتهن استدامة
القبض وقد اسلفنا في بحث القبض قوة القول باستحقاق المرتهن ووضع الرهن عنده
واستدامة قبضه وان لم يكن شرطا في صحة الرهن كما هو ظاهر التذكرة اذ المحصل للاستيثاق
بدونه لكن ظاهر اكثر الفتاوى عدم استحقاق ذلك وعليه فكل من الراهن والمرتهن
الامتناع من استيمان صاحبه ولا يجعل الاحد في امساكه بدون اذن الآخر لتعلق حق المالك به
وحق الاستيثاق فلو اذن الراهن للمرتهن في حفظه فمات لم يتم وارثه مقامه الا ان يكون
قد اشترط ذلك عليه فللراهن الامتناع من استيمان الوارث مع عدم الشرط لكونه استيداعا والوديعة
تنفسخ بموت الودعي وللوارث الامتناع من استيمان الراهن ايضا وان كان نفذ وناظر المرتهن
وحينئذ فيلزمهما الاتفاق على امين غيرهما عدلا كان او غيره مع تراضيهما عليه وفي جواز استيمان
الصبي المميز مع تراضيهما وجهان فان لم يتفقا على احدهما ولا على غيرهما نصب الحاكم امينا
عدلا غيرهما ولو كان لاحدهما مرجح العدالة على الآخر ففي جواز نصب الحاكم له وجهان
اظهرهما ذلك لا للترجيح بالعدالة بل لكونه بواسطتها منصوب الحاكم ولو خان العدل
المنصوب نقله الحاكم الى غيره الا ان يتفقا عليه ولا يلزم المنصوب والامين المتفق عليه استيفاء الرهن
عنده بل له رده وكذا لا يلزم المأذون منهما الا ان يكون قد اشترط عليه الحفظ فيلزمه الوفاء
ولو اسقط المشترط حقه من الشرط عاد الحكم الى التراضي ورفع الامر الى الحاكم قوله التاسعة
لا يضمن المرتهن الرهن الا بتعد او تفريط فيلزمه قيمته يوم تلفه على الاصح الرهن غير مضمون
على من بيده مرتهنا كان او غيره بلا خلاف احد بين اصحابنا وان نسبه في الدروس الى الاشهر
مؤذنا بوجود الخلاف بل عن الخلاف والسرائر كما في الغنية والتذكرة الاجماع صريحا عليه

والنصوص

والنصوص به مع ذلك مستفيضة وما ورد في جملة منها ما يقضي بالضمان والتهاتر ينزل على
صورة التفريط والتعدي او على التقية فان القول بضمان الرهن مذهب كثير من المخالفين على
اختلافهم في كيفية ضمانه فعن بعضهم انه مضمون بجميع قيمته دون بينهما وعن اخرين انه مضمون
بجميع الدين وان كان اكثر من الرهن وعن بعض انه مضمون باقل الامرين من الدين وقيمته و
الكل بين الضعف واضح البطلان مخالف لاجماعنا ورواياتنا المعتبرة لما ورد من طرقهم
من قوله له غنمه وعليه غرمه وقوله الخراج بالضمان ونحو ذلك مما هو موافق للاصول
والاخبار والاجماع فما عن بعض المتأخرين من التشكيك والميل الى القول بالضمان
لما اشرنا اليه من الاخبار الموافقة للعامة في غير محله لقصور الاخبار المشار اليها عن مقاومة
ما عرفت سيما مع تضمنها التهاتر القهري بين الدين والرهن مع غلبة عدم الموافقة بينهما
جنسا فلا مناص عن اطراحها او حملها على ما ذكرناه من التقية او على صورة التفريط كما قد
يستفاد من بعضها فاذا فرط المرتهن فيه ضمن من غير خلاف كسائر الامانات فان كان مثليا فالمثل
فان تعذر فالقيمة وفي كونها يوم التعذر او يوم المطالبة او الاداء او الاعلى وجوه اظهرها
اعتبار يوم الاداء كما مر في الفضولي ويأتي في الغصب وان كان قيميا فالقيمة وفي اعتبار
يوم القبض او يوم التلف او يوم الاداء او يوم التفريط والتعدي او الاعلى من يوم
القبض الى يوم التلف او من يوم التفريط الى يوم التلف او منه الى يوم الاداء وجوه واحتمالات
اكثرها اقوال غير ان القول باعتبارها يوم القبض هنا وان كان ظاهر المحقق في الشرائع
لا يلائم القواعد الشرعية فان الرهن حين قبضه غير مضمون وانما يدخل في الضمان حين التفريط
فلا وجه لمراعاة قيمته حين القبض وما قيل في توجيهه من انه مبني على ضمان القيمي بالمثلي كما
ترى نعم يصلح ذلك توجيها للقول بمراعاة القيمة يوم الاداء ومنه يظهر ضعف القول بالاعلى
القيم من حين القبض الى يوم التلف والاوفق بالقواعد الشرعية ما عليه الاكثر من اعتبار

القيمة يوم التلف ان كان التفاوة لاختلاف السوق وان كان لنقصان فى العين كالهزال فعلى القيم
من يوم التفريط الى حين التلف قوله ولو اختلفا فى القيمة حلف المرتهن اى اختلف الراهن
والمرتهن فى القيمة المضمونة بالتفريط فان القول قول المرتهن وفاقا للفاضلين وغيرهما
لانكاره الزيادة واليمين على من انكر لكن المنسوب الى الاكثر بل ادعى بعضهم الاجماع ان القول
قول الراهن لخيانة المرتهن بالتفريط فلا يقبل قوله ورد بان قبول قوله لانكاره لا لانه امين
فلا مدخلية للخيانة ولو انعكس الفرض بان ادعى الراهن النقصان والمرتهن الزيادة فيما اذا تلف
الراهن فاراد المرتهن ان يغرمه القيمة ليجعلها رهنا قدم قول الراهن لاصالة عدم الزيادة ولو
اتلفه اجنبى كان القول قوله فى دعوى النقصان بيمينه وفى سقوط اليمين عنه لو صدقه الراهن
وجهان اقويهما السقوط قوله ولو اختلفا فى قدر الحق المرهون به حلف الراهن على الاقرب
موضع الخلاف على الظ ما اذا اختلفا فيما عليه الرهن من الدين مع تسالمهما على زيادة اصل
الدين متحدا كان او متعددا او مع عدم تعرضهما لذلك اما مع اختلافهما فى شغل الذمة
بالزائد فان القول قول الراهن لاصالة البراءة من غير معارض والقول بتقديم قول الراهن
لو اختلفا فى قدر المرهون به هو المشهور حتى كاد يكون اجماعا من غير فرق بين ان تكون دعوى
الزيادة مستغرقة للرهن او زائدة عليه او اقل منه بل عن الحلبى وابن زهرة الاجماع عليه ولعله
لعدم الاعتداد بخلاف الاسكافى المنقول عنه تقديم قول المرتهن ما لم تكن دعواه زائدة على
الرهن كما حكاه الاكثر عنه او ما لم تكن مستغرقة للرهن كما حكاه المحقق فى الشرائع والظ
من عبارة المختلف هو الاول ومن الخبر المستند اليه فى ذلك هو الثانى وهو خبر السكونى عن جعفر
عن ابيه عن على ع فى رهن اختلف فيه الراهن والمرتهن فقال الراهن هو بكذا وكذا وقال
المرتهن باكثر فقال على ع يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لانه امينه وكيفما كان فلا شبهة
فى ضعف هذا القول وضعف سنده ومخالفته لاصالة عدم ارتهانه على ازيد مما اعترف

به الراهن ومما سمعته من دعوى الاجماع والنصوص المعتبرة كصحيح بن مسلم عن ابى جعفر ع
فى رجل رهن عند صاحبه رهنا لا بينة بينهما فيه فادعى الذى عنده الرهن انه بالف فقال
صاحب الرهن انه بمائة قال البينة على الذى عنده الرهن انه بالف وان لم يكن عنده بينة
فعلى الراهن اليمين ونحوه موثق ابن ابى يعفور وموثق عبيد بن زرارة ولولا ذلك
لامكن القول بما عليه الاسكافى لان اصالة عدم الارتهان على الزائد معارض باصالة عدم الارتهان
على الاقل خاصة ولان دعوى الزيادة ما لم تكن زائدة على الرهن موافقة للظاهر فى
اغلب الفروض الا انه لا مناص عما عليه الاصحاب بعد اتفاق كلمتهم ظاهرا او دعوى الاجماع
صريحا واعتبار النصوص الموافقة للمذهب فتعين اطراح خبر السكونى او حمله على التقية
لموافقته لاحد قولى المخالفين او على الندب المحكى عن الشيخ حمله عليه قوله ولو اختلفا فى الرهن
والوديعة حلف المالك اى اذا اختلف المالك والقابض فادعى المالك الوديعة والقابض
الرهن فالمشهور تقديم قول المالك مطلقا اعترف المالك بالدين او لا ادعى القابض انه كان
وديعة بيده ثم صار رهنا او انه لم يقبضه الا على سبيل الرهانة فعن الصدوق فى المقنع و
الشيخ فى الاستبصار تقديم قول القابض وعن ابن حمزة تقديم قول القابض ان اعترف
المالك بالدين وعن الاسكافى تقديم قول القابض ان ادعى انه لم يؤل بيده رهنا وان
اعترف بانه كان وديعة قدم قول المالك والمعتمد المشهور لاصالة عدم تعلق حق الارتهان
بالمال ولان المالك منكر فالقول قوله بيمينه مع عدم البينة ولفحوى ما دل على تصديق
المالك لو كان مدعيا كالموثق اسحق بن عمار الواردة فى الاختلاف فى الوديعة والقرض
عن الصادق ع قال القول قول صاحب المال مع يمينه وان امكن ان يكون ذلك لاصالة ضمان اليد
لا لتصديق المالك ولما دل على جواز استيفاء الدين مما بيده من الرهن لو خاف جحود الوارث
الرهانة لو ادعاها ولصحيح بن مسلم عن الباقر ع فى رجل رهن عند صاحبه رهنا فقال الذى

عنده الرهن ارتهنته عندي بكذا وقال الآخر عندك امانة فقال البينة على الذي عنده الرهن
انه بكذا فان لم يكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين وهذا الخبر باطلاقه متناول لصورتي
اعتراف المالك بالدين وعدمه فلا وجه لحمله على صورة الاختلاف في اصل الدين ايض كما
يحكى عن الشيخ مع انه على فرض صحته ايض على ما حكيناه من اطلاق عبارتي الصدوق
والشيخ الا ان يدعي ان محل البحث ما اذا اعترف المالك بالدين وانكر الرهانة ولذا حمل الشيخ
الخبر على ما حمله ما لو انكر اصل الدين فلا مجال لتقديم قول مدعي الرهانة لعدم ثبوت الدين
بمجرد الدعوى وح يكون قول ابن حمزة قولا ثالثا وتفصيلا في المسئلة بل هو موافق
للشيخ والصدوق فيما ادعياه من تقديم قول القابض بالرهانة استنادا الى خبر عباد بن صهيب
عن الصادق ع في متاع في يد رجلين احدهما يقول استودعتكه والاخر يقول هو رهن فقال
القول قول الذي يقول انه رهن عندي الا ان يأتي الذي ادعى انه اودعه بشهود وموثق ابن ابي العفور
عنه ع نحوه وان كان الرهن باكثر او اختلفا فقال احدهما رهن وقال الآخر هو وديعة قال
على صاحب الوديعة البينة فان لم يكن بينة حلف صاحب الرهن ونحوه صحيح ابان الموافق له
في المتن حتى قيل انهما خبر واحد وليس كذلك على الظ لاختلاف السند الا ان الاعتماد على
هذه الاخبار مع اعراض المشهور عنها وضم الشيخ في ير ومعارضتها بما عرفت من القاعدة
والنص غير متجه سيما مع ضعف سند البعض ودلالة التراكيب كالخبر الاول فانه من المحتمل قريبا
ان تكون دعوى رهانته من غير مدعي الاستيداع وح فيكون مدعي الرهانة منكر المملكة
مدعي الوديعة والاستيداع جمعا بينهما ومع عدم الاحتياج اليه لانتفاء التكافؤ كما عرفت
فيكون القول قوله جزما وعلى ذلك يمكن حمل الموثق والصحيح ايض كما يمكن الحمل على التقية وقد
ظهر بما ذكرناه ضعف المحكي عن ابن حمزة ولو كان قولا ثالثا اذ لا مستند له سوى هذه النصوص
بحملها على صورة الاعتراف بالدين وحمل مقابلها على صورة انكاره وهو تقييد لكل من

الاطلاقين

الاطلاقين من غير مقيد والشاهد من الخبار والاعتبار يشهد دعوى ظهور كون المقبوض
رهنا مع ثبوت الدين نظرا الى احتياط صاحب الدين غالبا باخذ الرهن وانه صاحب يد
فيصدق في دعواه واما تفصيل الاسكافي فلعل حجته النصوص المذكورة ما اذا
اعترف بالوديعة عنده قبل الرهانة لعدم معلومية تناول النصوص لمثله وهو كما ترى قوله
ولو اختلفا في الرهن حلف الراهن وبطل ولو كان الرهن مشروطا بعقد لازم تحالفا
اذا اختلفا في تعيين الرهن بان ادعى الراهن انه العبد وادعى المرتهن بانه الجارية فلا اشكال
في تقديم قول الراهن بيمينه مع عدم اشتراط الرهن في عقد لازم لبطلان استحقاق المرتهن
من العبد بانكاره من غير افتقار الى حين انحصار الحق فيه للمرتهن من قبله جائز فله فسخه ورده
وجحوده ان لم يكن مطابقا الى نفس الامر فهو متضمن لابطال العقد والرجوع عنه كما يتضمن
انكار الطلاق الرجوع في الزوجة فيبقى النزاع في رهانة الجارية والراهن منكر فيكون
القول قوله بيمينه فاذا حلف سقط الرهن وبطل اما لو كان الرهن مشروطا في عقد لازم
فقيل انه كذلك ايض لعين ما ذكر ويضعف بانه انكار المرتهن هنا لا يبطل حق الراهن من
العقد المشروط فيه الرهن فلا يكون انكاره بمجرده مبطلا للرهانة بل يجبر الراهن بل
يلزمه اليمين على نفي هذين الفردين للعقد كما يلزم الراهن اليمين ايض على نفي ما يدعيه
المرتهن من الفرد الآخر فلذا اختار المص والمحقق الثاني وغيرهما التحالف في
المقام نظرا الى ان الشرط من مكملات الثمن وصفاته القاضية باختلاف الثمن باختلافها
فلا مناص عن التحالف كما في الاختلاف في تعيين الثمن ويلزم التحالف هنا بطلان الرهن
وانفساخ العقد اللازم المشروط فيه وفي الروضة اذا تحالفا بطل الرهن وفسخ المرتهن العقد
المشروط فيه ان شاء ولعل وجهه ان امتناع الوفاء بالشرط يوجب تسلط المشروط له على
فسخ العقد وهو متجه لو علم عدم الوفاء بالشرط وهو فيما نحن فيه غير معلوم فان الراهن يدعي

انه العبد وان انكر المرتهن وحلف على عدمه لكونه معارضا يحلف الراهن على نفي ما يدعيه المرتهن
وح فاما ان يحكم بلزوم العبد وبطلان الشرط مع اتفاقهما على اخذه في العقد ولعله خلاف
الاتفاق او بانفساخ العقد لانتفاء الخيار بذلك المرتهن فليتامل **قوله الحادية عشرة**
لو ادعى دينا وعين رهنا فذلك وان اطلق ولم يسم فيجيء الفا في القصد حلف الدافع وكذا
لو كان عليه دين بمال اذا كان عليه دينان او اكثر يتشخص فدفع اليه ما لا يقصر عن تمام دينه فان
لم تختلف جهة الدين من حيث الرهن او تعدد الغريم الاصلي مثلا كما لو كان القابض وكيلا
عن المستحقين فلا اشكال في صحة الدفع وعدم الالتفات الى النية لعدم الفائدة فيها وان اختلفت
جهة الدين بان كان على احدهما رهن دون الآخر فان نوى الدافع احدهما تعين وان شركه
بينهما وزع على حسب ما قصده من التوزيع واذا اطلق التشريك ففي التنصيف او التوزيع بالنسبة
وجهان اقويهما الثاني ولو اختلف الدافع والقابض في المنوي او في النية وعدمها قدم
قول الدافع لانه ابصر بنيته ولانه لا يعرف الا من قبله بل قد يقال بعدم توجه اليمين عليه لعدم
سماع دعوى الخصم العلم بما في ضمير الدافع والاقوى اعتبار اليمين لامكان اقراره او تهمة دلالة
القرائن بارادته ولو دفع ولم ينو شيئا ففي بطلان الدفع وبقاء المال على ملك دافعه او
التوزيع على الدينين او التخيير بعد الدفع في صرفه الى ما شاء منهما او القرعة بينهما وجوه
اظهرها ما عليه الفاضل والمحقق الثاني وجماعة من التوزيع بينهما بالنسبة لانه مقتضى ارادة كلي
الوفا حيث لا مرجح لبعض افراده على البعض وعن الشيخ انه مخير بين الدفع كتخييره قبله لان التخيير
اليه ابتداء فكذا استدامة على نحو ما حكم به من تخيير المطلق لواحدة في تعيين من شاء بعد الطلاق
ويضعف بانه لا يعقل التخيير في ملك الغير والاستصحاب منقطع بتبدل الموضوع الا ان يدعى
بطلان الدفع وبقاء المال على ملك دافعه نظرا الى اعتبار التعيين في كل فعل مشترك اذ الامتياز
بين افراده حيث يحتاج الى التميز سوى القصد فيتجه التخيير على هذا التقدير لكنه خلاف ظاهر الاصحاب في

فان

فان ظاهرهم التسالم على صحة الدفع وانتقال الملك بقصد الخصوصية او التشريك او لم يقصد
وكانه لان التشريك غير متوقف على القصد بل يكفي في تحققه قصد كلي الدين لانصراف اطلاقه
اليه كانصراف اطلاق كلي التشريك الى التنصيف في مقام ولا التوزيع بالنسبة في اخرى فالمتجه
ما عليه الفاضل من القول بالتشريك واحتمال انه وان ملكه القابض لكن اذا تعقبه التعيين بعد ذلك
ينكشف الملك على هذا الوجه او انه بالدفع يملك على الغريم ما قابله ما في ذمته على وجه التخيير تحمل
ظاهر كما ترى وعلى كل حال فلا لاحتمال القرعة هنا وان احتمل في اطلاق الواحدة المبهمة فانها لكل
امر مشكل ولا اشكال هنا لامكان التوزيع والتخيير ويعرف الحال بما ذكرناه في نظائر المسئلة كما
لو ابرأ ذمته عن مائة وكان عليه مائتان وما اذا تعدد الغريم واتحد الوكيل القابض عنهما فدفع
اليه ما يفي بدين احدهما من غير قصد وما اذا تبايع كافران درهما بدرهمين فدفع المشتري
درهما من غير قصد للفضل ولا للاصل ثم اسلما وما اذا دفع زكوة وكان له مال حاضر وغائب
ولم يقصد احدهما وما اذا كان له خيار حيوان وشرط واسقط خيار يومين فان احتمال التخيير
والتقسيط جار في جميع ذلك ولو قبض الدين من غير دفع كالمقاص كانت العبرة بنية القابض
على الاقوى ولو دفع الحاكم فالعبرة بنيته ولو جبره الحاكم على الدفع فالعبرة بنية المالك دون الحاكم
والقابض على الاقوى **قوله الثانية عشرة** لو اختلفا فيما باع به الرهن بيع بالنقد الغالب فان
غلب مقداره بيع بما ناسبه الحق فان باينهما عين الحاكم ان امتنعا اذا انحصر الوفا ببيع الرهن
اختيارا من المتراهنين او امتناع الراهن من الوفا ونحو ذلك فاختلفا فيما يباع به بان اختار
كل منهما جنسا من الثمن غير جنس الآخر فظاهرهم عدم ترجيح احدى الارادتين على الاخرى لاجتماع
الحقين في عين الرهن وانتفاء المرجح من البين بل يلزمهما الحاكم بالبيع بالنقد الغالب في البلد
قطعا للنزاع بينهما واطلاق كلماتهم متناول لما اذا كان ثمن احدهما موافقا لجنس الحق او
شبيها به او اقرب صرفا اليه او لم يكن كذلك فلا يعتبر الترجيح بذلك بل يكون المدار مع الاختلاف في

على النقد الغالب مطلقا وربما استشكل بان تعيين النقد الغالب عليهما مع اتفاقهما على غيره
وانحصار الحق بهما مما لا يعقل لزومه فان كان لقطع النزاع فقطعه منحصر بالنقد الغالب
بل يمكن بمجانس الحق وشبهه والاقرب صرفا اليه والاوفر حظا ونحو ذلك وايضا فالغرض
من البيع مراد من الثمن فاذا فرض موافقة احدهما للحق فلا معنى لصرفه عنه ذلك والزامه
بالنقد الغالب الا ان تعين النقد الغالب الى الوفاء وان كان غير مجانس كان هو مما الاصالة
لزوم المجانسة في الوفاء وان لم يتعين احتيج الى بيع النقد الغالب بغيره ويتسلسل النزاع
والاختلاف فيما يباع به ايضا الا ان يعتبر لزوم النقد الغالب في المرتبة الاولى من البيع ثم
بتعيين شيء مجانس الحق به وهو تقييد من غير مقيد ويندفع هذا كله بان الموجب لمراعاة
النقد الغالب والزام الحاكم به ليس هو مجرد قطع النزاع والخصومة بين المتراهنين بل
لان عقد الرهانة متضمن للزوم بيع الرهن عند الاحتياج الى بيعه والاستيفاء من ثمنه سواء
صرح بذلك وكل الراهن المرتهن على بيعه او لا كانت الوكالة مشروطة بعقد لازم او غير
مشروطة به ولا ريب في ان اطلاق البيع المأذون فيه منصرف الى كونه بالنقد الغالب كما نصوا فيه
الى ثمن المثل فرد الحاكم لهما الى النقد الغالب رد الى ما التزما به من البيع الغير المقيد بثمن معين
جنسا او قدرا الا انه لمجرد قطع النزاع والخصومة ومن ثم فلا فرق بين ان يكون اختيار احدهما
موافقا لجنس الحق او لا لان التزام الراهن مثلا بالبيع بالمجانس الزام بغير ما التزم به من الثمن
في البيع المأذون به من قبله صريحا او ضمنا وربما كانت الغبطة بالبيع بالنقد الغالب وان
التزم بشراء المجانس اذ لم يتراضيا بالوفاء منه وحيث كان المدار على النقد الغالب فلو غلب
نقدان وكان كل واحد منهما نقدا غير الاخر رجح احدهما بالاغلبية ان تحققت فان تساويا
رجح بالمساواة لجنس الحق وهو مراد المص من قوله بيع بمشابه الحق اذ المراد من المشابهة الموافقة
الجنسية المحض المشابهة في الصورة او غيرها اذ لا دليل على الترجيح بذلك فان باينا

جميعا فقد جزم المص هنا بالرجوع الى الحاكم وتعيينه ما شاء قطعا للخصومة وظاهره عدم
الفرق بين ان يكون احدهما اسهل صرفا الى الحق او لم يكن كان اوفر حظا للمالك او لم يكن
وهو كذلك لعدم الدليل على الترجيح بذلك لكن في ش قال ولو كان احد المتباينين اسهل
صرفا تعين ونحوه عن التذكرة واستحسنه في الروضة وحكى عن التحرير بانه لو باينا مع
اوفرهما حظا قال وهو احسن فانه ربما كان عسر الصرف اصلح للمالك وحيث يباع بغير
مراده ينبغي مراعاة الحظ له كغيره ممن يلي عليه الحاكم ويتوجه على ما في ش بان فيه ترجيحا لجانب
المرتهن وعلى ما في التحرير بان فيه ترجيحا لجانب المالك ولو صلح ذلك مرجحا في النقدين
الغالبين لصلح في غيرهما ايضا مع اختلاف الارادة فالظاهر سقوط الترجيح بين الارادتين
الا مع فرض تضرر احدهما بمراد الاخر وعدم تضرر الاخر بمراده فيقدم ما لا ضرر فيه دفعا
للضرر قال المص كتاب الحجر واسبابه ستة الصغر والجنون والرق والفلس والسفه والمرض
يطلق الحجر لغة على المنع والتضييق ومنه سمي الحرام حجرا كما في قوله تعالى وحجرا محجورا اي حراما
محرما وسمي العقل حجرا لمنعه من القبائح والنقصان كما في قوله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر
والمراد منه هنا منع الانسان شرعا من التصرف في ماله لاحد الاسباب وفي كون ذلك حقيقة
شرعية او متشرعية وجهان اظهرهما الثاني والتصرف جنس جميع التصرفات وبعضها وكذا المال
فلا يرد انه ان اراد الجميع انتقض بالمريض وان اراد البعض انتقض بالباقي وتقييد المنع
بالشرعي احترازا عن المنع العادي لغصب ونحوه ولان المنع مختص بالتصرفات الاختيارية
كالتجارة ونحوها دون الاضطرارية من اكل وشرب ونحوهما وتمهيد وانما اقتصر
على التصرفات المالية لاشتراك الجميع في المنع منها في الجملة وان اختص بعضها بالمنع
من غير التصرفات المالية ايضا واما حصر اسباب الحجر في الستة فهو اصطلاحي جعلي والا
فاسبابه متكثرة ويأتي طريق منع الانسان من التصرف بماله اما ان يكون لحق نفسه ومصلحته

كتاب الحجر

اولتعلق حق الغير به فالاول مختص بالصغير والمجنون والسفيه والثانى ما عدا ذلك من
الاسباب كالحجر على المريض فيما زاد على الثلث لحق الورثة والحجر على العبد لحق المولى وان قلنا
بملكه والحجر على المفلس لحق الغرماء والحجر على الراهن فى الرهن لحق المرتهن والحجر على
المرتد حيث تقبل توبته مطلقا لحق الوارث والحجر على البائع بما صار اليه من الثمن قبل تسليم
المبيع وعلى المشترى فى المبيع قبل تسليم الثمن وعلى المولى فى ام الولد والعبد الجانى جناية
عمدية وعلى الناذر فى المنذور المعين لحق الله تعالى وعلى من انتقل اليه المال المشروط عليه شرط
قبل حصول الشرط اوتعلق به حق الغير ان قلنا بمنافاة التصرف لحق الخيار والى غير ذلك من
الاسباب المستفادة من المباحث السالفة والآتية قوله ويمتد حجر الصغير حتى يبلغ محجور الصغير
عليه فى تصرفاته المالية قبل التمييز بالاجماع وكذا بعده وان بلغ عشر سنين عدا ما وقع
فيه الخلاف من جواز وصيته وصدقته وعتقه ووقفه وطلاقه والمتجه استثناء الوصية مما
بلغ عشرا او كان مميزا مطلقا لورود النصوص المعتبرة فيها وعموم المنع فيما عدا ذلك لاطلاق
ما دل على التحجير عليه حتى يبلغ من الكتاب والسنة كقول الصادق عليه السلام فى صحيح هشام انقطاع يتم
اليتيم بالاحتلام وهو اشده وهو ان احتلم ولم يونس منه رشده وكان سفيها او ضعيفا
فليمسك عنه وليه ماله وقول ابى جعفر فى خبر حمزة بن حمران ان الجارية ليست مثل
الغلام ان الجارية اذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع
اليها مالها وجاز امرها فى الشراء والبيع واقيمت عليها الحدود التامة واخذت لها وبها
قال والغلام لا يجوز امره فى الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمسة عشر سنة
او يحتلم او يشعر اوينبت قبل ذلك الى غير ذلك من الاخبار المصرحة بالحجر عليه وامتداد
حجره الى حين بلوغه المعلوم بما مر من علاماته فى كتاب الصوم فلو شك فى تحقق العلامة
لم يرتفع الحجر للاستصحاب الصغر والحجر عليه وكون البلوغ شرطا فى صحة التصرف لان الصغر

مانع

مانع ولو اختلفا بعد البلوغ فى وقوع التصرف ان العقد قبله او بعده رجح جانب
الصحة لاصالتها ولا فرق فى الحجر عليه بين ماله ومال غيره ولا بين الحقير منه والخطير وقد
مر فى البيع حال ما عليه السيرة فى معاملة الاطفال وانها من المعاطاة المبنية على اذن
الولى بشاهد الحال او الفحوى فليلحظ قوله ويرشد بان يصلح ماله وان كان فاسقا انما
ينقطع الحجر عن الصغير ببلوغه ورشده فلو بلغ غير رشيد لم يدفع اليه ماله كتابا وسنة
واجماعا والمراد من الرشد هنا حفظ المال واصلاحه وعدم صرفه غالبا الا فى الوجوه
اللائقة بافعال العقلاء وفى اعتبار كون ذلك ملكة بان تكون له حالة نفسانية تبعث على
الاصلاح وعدم الافساد والاكتفاء بمشاهدة الاصلاح غالبا وان لم يكن عن ملكة قولان
اظهرهما الثانى لظهوره فى ذلك لغة وعرفا او الطلاق ما ورد فى الاخبار من ان الرشد
حفظ المال من غير تقييد بالملكة ويقابله السفه وهو صرف المال فيما لا يلائم تصرفات العقلاء صرف ط
غالبا كما يقابله الغى والظاهر صدق الرشد على ما قابل الامرين حقيقة فلذا نشأ الخلاف
فى اعتبار العدالة فى حصول الرشد المعتبر هنا وعدمها وعن الشيخ وكتابيه اعتبارها
وهو اختيار ابن زهرة وربما نسب اليه دعوى الاجماع وهو وهم عملا باستصحاب الحجر
الى تيقن الرافع ولان غاية الرفع ايناس الرشد على ما نطق به الكتاب وهو حقيقة فى
اصلاح امر الدنيا والدين ولان علة المنع السفه لقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم
وقوله تعالى فاذا بلغ دفع اليه ماله الا ان يكون سفيها او ضعيفا والعاصى سفيه لقوله تعالى سيقول
السفهاء من الناس ولما ورد ان شارب الخمر سفيه ولا قائل بالفرق وعن ابن عباس ان
الرشد هو الوقار والحلم والعقل وضعف هذه الادلة ظاهر لتيقن الرفع بما دل عليه اطلاق
الكتاب والسنة والبلوغ والرشد الصادق على مجرد اصلاح المال وصدقه على ما يقابل
الغى حقيقة لا يقتضى ارادته فى المقام لكونه نكرة فى سياق الاثبات لا عموم فيها فيكفى

حصول الرشد في امور الدنيا للاجماع على اعتباره وعدم الدليل على اعتبار غيره وكون
العلة السفه المقتضي اعتبار العدالة فان السفه انما يطلق حقيقة على تضييع المال
وصرفه في غير محله واطلاقه على العصاة من المجاز والملازمة بين اطلاق الرشد على
الطاعة حقيقة وبين اطلاق السفه على المعصية كذلك بل المقابل في امر الدين هو الغي
وفي امر الدنيا هو السفه كما عرفت والدلالة التي في المحكي عن ابن عباس على اعتبار العدالة لا تتم
اصلا مع عدم ثبوت حجيته فالمختار هو المشهور حتى كاد يكون اجماعا من عدم اعتبار العدالة
بل يدفع اليه ماله وان كان فاسقا الا ان يكون فسقه مؤديا الى السفه كما لو علم منه صرف ماله
في المحرمات عملا بالاصل والاطلاقات من غير معارض وتحرزا من الظلم في تاخير دفع المال
الى مالكه الى ان تعلم العدالة منه وموضع الخلاف على الظاهر هو الفسق الابتدائي المتصل
بالبلوغ لا الفسق الحاصل بعد انقطاع الحجر بان كان عدلا ففسق واذا احتاط الشيخ و
ابن زهرة بالفسق الحادث ايضا الا ان الاحتياط به يؤدي الى ان لا ينتظم للمسلمين سوق ولا
معاملة لان الناس ما عدا النادر منهم اما فاسق او مجهول الحال والجهل بالشرط يقتضي
الجهل في المشروط مع منافاة ذلك لما ورد من الامر بالمعاملة والمسامحة من غير تقييد
بالعدالة بل ورد جواز معاملة الفساق واهل السرقة واخذ جوائز الظلمة وجواز بيع الخشب
على من يعمل صنما والعنب لمن يعمل خمرا بل الاحتياط بالفسق الابتدائي ايضا مفض الى ما ذكرناه
من العسر والحرج وضيق امر المعاملة لقلة اهل العقائد الحقة في جميع الاعصار والامصار
وللقطع بعدم حصول العدالة ابتداء في كثير من الاشرار فلو اقتصر على معاملة من علم اتصافه
بالعدالة بعد البلوغ او جهل حاله لاصالة صحة فعل المسلم كما قيل لم يرتفع العسر والحرج ايضا
مما في الرياض من المناقشة في دلالة السيرة على نفي اشتراط العدالة اذ غايته ما تدل عليه
صحة التصرف فلعله لحمل فعل المسلم على الصحة لا لنفي اعتبار العدالة ابتداء مما لا يخفى ما فيه

اذ الغرض

اذ الغرض استمرارها على معاملة من علم استمرار فسقه من البلوغ ولم تعتبر صفة العدالة
اصلا مع ان للمناقشة في اجراء صحة فعل المسلم فيما نحن فيه مجالا واسعا فان المقطوع به
اجراؤها في المعاملة بعد احراز ما يتعلق بالمتعاقدين من الشرائط الا مع الجهل بحصول
شرائطهما من البلوغ والعقل والرشد فتامل قوله ويختبر بما يلائمه المراد اختبار رشد
الصغير بما يلائمه من التصرفات فولد التاجر يختبر بالبيع والشراء والمرتفع عرفا بما يلائم حاله
كدفع نفقة مدة اليه يصرفها في مصالحه فاذا كان من جنس البيع والشراء بالمماكسة فيهما
او كان بصرف نفقة في مواضعها على وجه بتكرر ذلك منه فانه يستبين رشده ويلزم
تسليم ماله اليه اذا بلغ وتختبر الانثى بما يناسبها من وجوه الاختبارات ولا خلاف
في وجوب هذا الاختبار من الاولياء حيث لا يثبت الرشد بغيره كالبينة للتحرز عن الظلم
وللامر به في قوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا
اليهم اموالهم فان المراد من الابتلاء فيه اختبار الرشد على ما فهمه اكثر الاصحاب والمفسرين ويحتمل
ارادة اختبار البلوغ خاصة او اختبارهما جميعا وعلى الاول يستفاد لزوم اختبار
الرشد من تعليق دفع المال على ايناس الرشد فان الاحساس به انما يكون بالاختبار المط
ووقت الاختبار للرشد قبل البلوغ على المشهور بين الاصحاب بل لا يعرف فيه الخلاف الا من بعض
المخالفين فحكم بان وقته بعد البلوغ وربما حمل كلام العلامة في عدة حيث استشكل
في صحة عقوده زمن الاختبار على ذلك وليس كذلك فانه استشكال في صحة عقوده بعد
البلوغ مع اذن وليه وانما الاشكال في صحتها قبل البلوغ لكونه مسلوب العبارة وقد
ينافيه تصريحهم باختباره بالبيع والشراء لامكان ارادة اختباره بمقدماتهما وان كان المتولي
للعقد وليه حيث يريد البيع وكيفما كان فدلالة الاية على الاختبار قبل تحقق البلوغ
ظاهرة لكون المختبر هو اليتامى ولا يتم بعد البلوغ واطلاق اليتيم على من كان من المجاز

ولو كانت حتى غائبة لاتضحت الدلالة على المطلوب لكنها ابتدائية على الظ فلا مانع من حملها
على ما بعد البلوغ لولا ما عرفت واما ما ذكره الاصحاب من ان اختبار الصبى بما يلائمه من
التصرفات فليس الغرض منه الحصر بل قد يعلم رشده بغير الملائم فانه لو اختبر ولد التاجر بصرف
النفقة فاحسن صرفها وولد غيره بالبيع والشراء فاحسن المماكسة فيها علم رشده كل
منهما وان لم يكن ملائما وانما اقتصروا على الملائم لانه لو احسنه دل على رشده ولو لم يحسنه
مع انسه به دل على سفهه بخلاف غير الملائم فانه لو لم يحسنه لم يدل على سفهه فينبغى اختباره بالملائم
فاذا احسنه فهو رشيد وان لم يحسنه بان ترك المماكسة وتكرر غبنه بالبيع والشراء او ضيع ماله
بان اتلفه اى صرفه فى غير الوجوه اللائقة بحاله لم يحكم برشده واستمر الحجر الى ان يتبين
الرشد قيل ومن التضييع انفاقه فى المحرمات والاطعمة النفيسة التى لا تليق بحاله بحسب
وقته وبلده وشرفه وضعته والامتعة واللباس كذا واما صرفه فى وجوه الخير من الصدقات
وبناء المساجد واقراء الضيف فالاقوى انه غير قادح مطلقا اذ لا سرف فى الخير كما لا خير فى السرف
انتهى قلت اما صرفه فى المحرمات التى لا يعود اليه منها النفع الدنيوى فلا شبهة فى كونه تبذيرا
او تضييعا للمال موجبا للحكم على فاعله بالسفه وعدم الرشد واما ما يعود اليه منه نفع
دنيوى فلا دلالة فيه على السفه فى امر الدنيا وان كان سفيها فى امر الاخرة والا بطلت
المعاملة مع الظلمة وسائر من لا يصرف ماله فى غير المحرمات نعم لو صدر ذلك ممن لا يعلم رشده
لم يحكم برشده كما لا يحكم بسفهه واما صرف المال كلا فى الخيرات فيما لا ارتباط له بالتصرف
الاختيارى هنا اذ لا يجوز للولى تمكين الصغير من جميع المال قبل ثبوت رشده وانما
يدفع اليه نفقة مدة الاختبار الا انه يراد صرف تمام ما لا بد لغير البر من النفقة فى الخيرات
وكيفما كان ففى تحقق السفه والتبذير بانفاق الانسان تمام ماله فى الخيرات خلاف بين
الاصحاب ففى المسالك ان المشهور عدم اندراجه فى السفه اذ لا سرف فى الخير كما لا خير فى السرف

وفى التذكرة ان انفاقها بل على حاله تبذير لانه اتلاف للمال ولقوله تعم ولا تبسطها
كل البسط وموضع الخلاف على ما قيل من لا يكون ذلك الانفاق بحاله عادة فان كان لائقا
به لم يكن سفيها قطعا كما قطع به فى المسالك وعليه فما ينقل عن اكابر الصحابة وبعض
الائمة من خروجهم عن اموالهم فى الخير خارج عن محل النزاع والظ ان صرف اكثر المال
بحيث لا يبقى له قدر النفقة بحكم صرف الكل ولذا منع منه بعضهم وجوز صرف الاكثر مع
بقاء قدر النفقة وفصل بعض بين من صدر ذلك منه بعد البلوغ والرشد وبين من بلغ
قبل تبين الرشد فاجاز فى الاول ومنع فى الثانى ولعل الموجب للحكم بالسفه والتبذير
فى صرف الكل والاكثر من لا يتوقع ذلك منه عدم ظهور القربة بذلك فيه الى الله تعم وطلب ما عند
الله لبعض التجار الذى همه فى جميع الاحوال جمع الاموال فانه اذا صرف جميع ماله فيها الا يلائم
طبعه كان الاختلال فى عقله او للرياء والسمعة فيكون تبذير الصرفه فى غير الاغراض
الصحيحة وهو متجه لو علم ذلك من حاله والتقرب والتأسى بالمستفيض نقله عن الائمة عليهم السلم
واكابر الصحابة فهو صرف فى غرض صحيح لا سرف فيه والتبذير نعم قد يمنع منه فى بعض الاحوال
كما لو علم من نفسه الافتقار الى السؤال فينبغى ان يبقى قدر كفايته فى الجملة وينفق ما زاد
عليها وعليه يحمل قوله تعم ولا تبسطها كل البسط فلو خالف كان مسرفا مبذرا ولكن
فى تحقق السفه بذلك بحيث يترتب الحجر عليه محل تامل اذ لا ملازمة بين التبذير والسفه
فقد لا يكون سفيها وان كان مبذرا نعم لا يحكم على فاعله بالرشد فلا يستعلم به حال البالغ
قبل تبين الرشد فتامل قوله ويثبت بشهادة النساء فى النساء وبشهادة الرجال مط
لا اشكال فى ثبوت الرشد بشهادة الرجال مط فى الرجال والنساء لعموم قبول البينة
كما لا اشكال فى ثبوت رشد النساء بشهادة اربع نساء لكونه من الامور التى يعسر
اطلاع الرجال ويسهل اطلاعهن عليه غالبا واولى منه ثبوته برجل وامرأتين وباربع

خنثى والظاهر عدم ثبوت رشد الرجال بانضمام النساء في الشهادة لان الرشد كالبلوغ
وان استلزم مطالبة الولي بالمال الا انه لا يعد مالا ولا المقصود منه المال وكل حق لا يثبت
بشهادة النساء مطلقا قوله ولا يصح اقرار السفيه بمال لا فرق في المال المقر به بين ان يكون
عينا او دينا لكونه محجورا عليه فلو نفذ اقراره لادى الى تضييع ماله وفي نفوذ ما اقر به
حال السفه دون زواله وتحقق رشده وجهان ظاهر الاصحاب عدم النفوذ ولعله
لعلم ما دل على ان السفيه لا يجوز امره اما لو اقر بغير المال من عقد او ايقاع او غيرهما
نفذ اقراره لعموم اقرار العقلاء جائز على انفسهم ولو اقر بما يستلزم المال من زوجية او نسب
او سرقة ففي سماعه مطلقا لعدم كونه اقرارا بالمال اصالة وعدم سماعه كذلك لكونه اقرارا بالمال
في الجملة او سماعه في الملزوم الغير المالي وعدم سماعه في اللازم وجوه اظهرها الاخير
لا انحلاله الى اقرار من احدهما بالمال والاخر بغيره فيصح فيما يصح ويبطل فيما يبطل ومثله لو
اقر الرشيد بالسرقة مرة فانه ينفذ في المال دون الحد ولو احتاج المقر له الى النفقة
انفق عليه من بيت المال لانه معد لمثل هذه المصالح وتوقف المص في ذلك من حيث انه
اضرار بالمسلمين يقتضي التوقف في جميع ما اعد له من المصالح ولو اقر بما يوجب القصاص
بالنفس نفذ اقراره فلو عفا المستحق على مال ففي لزوم الولي بذلك من ماله وجهان اظهرهما
اللزوم لما فيه من حفظ النفس وهو اهم من المال ولذا وجب بذل النفقة حفظا لنفسه
من التلف قوله ولا تصرفه في المال ولا تسلم عوض الخلع ويجوز ان يتوكل لغيره في سائر
العقود لا حجر على السفيه الا في التصرفات المالية من الهبات والمعاوضات والنفقات الزائدة
على قدر الحاجة ونحو ذلك مما هو مظنة لتضييع المال واما في غير ذلك من عبادات او عقود
او ايقاعات او اكتساب مال باحتطاب واحتشاش او ايجاز نفسه بمال او خلع زوجته على مال
ونحو ذلك فهو بحكم الرشيد من غير خلاف ولا اشكال عملا بالاصل في غير ما قضى به دليل الحجر

كتابا

كتابا او سنة من منعه عن التصرف بما له خاصة فلا ينفذ تصرفه فان ناسب تصرف العقلاء الا
باذن الولي او اجازته مع فرض المصلحة على المشهور وعن الشيخ وجماعة منعه مطلقا وان
اذن وليه كما في الصغير لكونه مسلوب العبارة بالنظر الى ما له لعموم النهي عن ايتائه المال
وهو متجه لو كان التصرف موقوفا على تمكينه من المال وتسليمه اما لو كان مجرد عقد مع
تولي الولي القبض والاقباض فلا مانع من نفوذه مع الاذن بشرط المصلحة اذ لا يقصر
ذلك عن الفضولي في العقد ولو تمكن السفيه في تصرف فيه تصرف العقلاء ففي تحريم تصرفه
لنفسه وجهان اقويهما ذلك لظهور ادلة الحجر في تحريم تصرفه بدون اذن الولي ويحتمل اباحة
التصرف الذي لا تبذير فيه في حقه وان وجب على وليه المنع من ذلك مع تمكنه من المنع
قوله ويمتد حجر المجنون حتى يفيق لا ريب في الحجر على المجنون ومنعه من جميع التصرفات مالية
كانت او غيرها كما في الصغير ولا فرق بينهما الا في الطلاق فان لولي المجنون الطلاق عنه مع
المصلحة بخلاف الصغير وفي صحة بعض التصرفات من الصبي المميز باذن الولي كما سبقت الاشارة
اليه بخلاف المجنون ويمتد الحجر عليه الى حين الافاقة وكمال العقل من غير فرق بين ان يكون مطبقا
او ادوارا فيقصر الحجر عليه في الاخير على حالة الجنون دون الافاقة لوجود المقتضي في الاول
وارتفاع المانع في الاخير قوله والولاية في مالهما للاب والجد فيشتركان في الولاية لو
اجتمعا ثم الوصي ثم الحاكم والولاية في مال السفيه الذي لم يسبق رشده كذلك ولو سبق رشده
فللحاكم الولاية دونهم قد سبق في كتاب البيع تحقيق القول في الاولياء وان ولاية الطفل
والمجنون والسفيه للاب والجد تشريكا لا ترتيبا وانه لا فرق في ولايتهما على المجنون والسفيه
بين المتصل من ذلك بالبلوغ والمنفصل لكن المنسوب الى الاشهر الاكثر في السفيه ان الولاية
للحاكم مطلقا مع انه الخلاف بينهم في ثبوت ولايتهما على المجنون المتصل جنونه بالبلوغ بل
في المسالك انه الخلاف في ولايتهما على الطفل والمجنون وظاهره ما هو ظاهر اكثر الفتاوى

من عدم الفرق بين المتصل والمنفصل كما هو ظاهر الاجماع المحكي عن التذكرة وغيرها وبعض ما نحوه
ما دل عليه في النكاح مما يظهر من المحقق الثاني وغيره من انتقال الولاية في الجنون الطاري
الى الحاكم غير متجه اذ لا منشأ له سوى دعوى انقطاع ولاية الأب بالبلوغ والرشد فعودها
بعد الجنون مما لا دليل عليه بخلاف الحاكم فانه ولي عام لا يحتاج في ثبوتها الى دليل وفيه
ان ولاية الاب بالنظر الى الولد ولاية عامة ايضا اذ مناطها الاشفاق وخوف التضرر
كما هو المستفاد من الاخبار الواردة في الوصايا وغيرها نحو ما ورد انت ومالك لابيك
وما ورد من انعقاد نذر الولد بدون اذن الوالد وغير ذلك مما يستفاد منه عموم الولاية
على الولد واما الحاكم فانه ولي من لا ولي له كما ورد في بعض النصوص والاب من الاولياء
فلا يثبت للحاكم معه ولاية وح فما ينسب الى الاكثر من ان الحاكم ولي السفيه مط غير متجه
سيما بالنظر الى السفه المتصل بالبلوغ فانه مخالف للاستصحاب وظاهر الكتاب فان المفهوم
من قوله تع فان آنستم منهم رشدا فادفعوا عدم الدفع مع عدم ايناس الرشد وابقاء المال
في يد وليه على نحو ما كان واذا ثبت ذلك في السفه المتصل ثبت في المنفصل ايض لان
الولاية غير قابلة للزوال الا ان يستفاد الاجماع على انتقال الولاية في السفه المتجدد الى
الحاكم كما قد يلوح من الفاضل الشارح في الروضة والمسالك وثبوته في غاية الاشكال
واما ما يستند اليه في ولاية الحاكم على السفيه مط من ان السفه ثبوتا ورفعا متوقف على
نظر الحاكم وحكمه فتكون الولاية له ففيه المنع من توقفه على حكم الحاكم كما ستعلم ومنع الملازمة
بعد تسليم الملزوم ايض مع ان كثيرا ممن لا يعتبر حكم الحاكم فيه مصرح بانتقال الولاية الى
الحاكم فلا شبهة في ضعف هذا التعليل والمعتمد ما ذكرناه من عموم ولاية الاب والجد
الا ان يقوم اجماع على انتقالها الى الحاكم في محل مخصوص والى به دعليك بملاحظة
ما تقدم في البيع فان فيه بيان كثير مما اهملناه في المقام ما يعتبر في ولاية الاب والجد وتقديم

وسبهما

وسبهما على الحاكم وحكم تصرفهما مع التعارض وغير ذلك فلاحظ قوله والعبد ممنوع مطلقا
اما العبد فلا خلاف في الحجر عليه في جميع تصرفاته مالية كانت او غيرها عدا ما يأتي من جواز
طلاقه لغير امة مولاه وان كره المولى وجواز ضمانه على قول العلامة في التذكرة وقد تقدم
ما يتعلق به من الاحكام في مبحث دين العبد واما المريض فلا فرق بينه وبين الصحيح في ان
ما يتبرع به من التصرفات المنجزة لا تنفذ بدون اجازة الورثة الا من الثلث كما هو المعروف
المدعى عليه الاجماع لعدم الاعتداد بما يحكى عن والد الصدوق من جواز الوصية بجميع المال
ولا بما يحكى عن ابن الجنيد والصدوق من جواز وصيته بما له كله اذا لم يكن له وارث عدا الامام
وما عن الشيخ والصدوق من العمل بظاهر الخبر المشتمل على جواز ذلك اذا لم يكن له ولد حين
الوصية وان تجدد بعده لضعف هذه الاقوال وشذوذها وعدم صراحة المحكي عن
عبارة والد الصدوق في المخالفة بل لعله ظاهر في موافقة الاصحاب لانه صرح بان الوصية
بالثلث هو الغاية وانه اوصى بما زاد عليه فهو اعلم به ومقتضاه انه غير معلوم الصحة عنده
ولعله لم يصرح بالفساد من حيث امكان تنزيله وحمله على وجه صحيح بان يكون ما اوصى
او محاباة فيه من الورثة ومع ذلك لا يلزم تنفيذه الا اذا علم ابتنائه على الوجه الصحيح
على فرض صحة الاقوال فلا ريب في ضعفه كضعف ما اشرنا اليه من القولين وان ورد في النصوص
ما يدل عليها كموثق عمار عن الصادق قال الرجل احق بماله ما دام فيه الروح اذا اوصى به كله
فهو جائز وخبر السكوني عن جعفر عن ابيه عليهما السلام في الرجل يموت ولا وارث له ولا عصبة
قال يوصي بماله حيث شاء في المسلمين والمساكين وابناء السبيل ومكاتبة محمد بن
اسحق المتضمنة لقوله ع ان كان اوصى بها اي الوصية بما زاد على النصف من قبل ان
يكون له ولد فجائز وصيته وذلك ان ولده من بعده وخبر علي بن الحسن المشتمل على
وصية محمد بن عبد الله ابن زرارة ونحو ذلك من الاخبار الا انها من الشواذ التي لا

هوض لها في معارضة الاجماعات المحكية والنصوص المتضافرة المتواترة القاضية بالمنع من
الوصية عما زاد على الثلث وانه حيف على الورثة وتعدي عليهم وانها لا تمضي الا بامضاء
الورثة واجازتهم فلا مناص عن اطراح النصوص المشار اليها وتنزيلها على الجواز حيث
تصح الوصية بالجميع لوجوب الموصى به بنذر او كفارة او استطاعة ولا اجازة الورثة
او اذن الامام ع حيث يكون الارث مختصا به على ارادة المنجز من لفظ الوصية مجازا
او نحو ذلك مما تخرج به الا مع اجازة الورثة واخبارهم ويأتي تمام ما يتعلق بالمسألة
في محله بعون الله تعالى واما ما ينجزه المريض من تصرفاته المتبرع بها كالهبة والصدقة والوقف
والعتق فقد ذهب كثير من القدماء كالصدوق والشيخين والسيدين وابن البراج وابن
ادريس ويحيى بن سعيد الى نفوذها من الاصل بل قيل انه المشهور بينهم بل ادعي في الانتصار
والغنية الاجماع عليه في الهبة وتبعهم في ذلك جملة من افاضل المتاخرين كالاردبيلي والحر
العاملي والسيد في الرياض عملا بالاصل وظواهر جملة من النصوص نحو قوله ع في الحسن
الانسان احق بماله ما دامت الروح في بدنه وقوله ع في موثق عمار الميت احق بماله ما دام
فيه الروح يبين به فان قال بعدي فليس له الا الثلث ونحوه خبره الآخر وخبر ابي بصير وخبر
مرازم وغيرهما من الاخبار المؤيدة بالسيرة المستمرة على عدم امتناع المريض عن تبرعاته
الزائدة على الثلث منجزا او مؤخرا ومنها النصوص الواردة في العتق كالخبر العامي المروي
في المسالك وقال انه اجود ما ورد في الباب متنا وسندا ومن ادعى خلاف ذلك فالسير
يرد دعواه وعليه اقتصر ابن الجنيد في كتابه الاحمدي وهو ان رجلا اعتق ستة عبيد له في
مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم النبي ص وجزاهم ثلثة اجزاء فاقرع بينهم فاعتق اثنين
وارق اربعة وخبر عقبة بن خالد عن الصادق ع في رجل حضره الموت فاعتق مملوكا له ليس
له غيره فابى الورثة ان يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه قال ما يعتق منه الا ثلثه ونحوه خبر

علي بن عقبة وخبر ابي بصير عنه ع قال اعتق رجل خادما له ثم اوصى بوصية اخرى الغيت
الوصية واعتقت الجارية الا ان يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصية وصحيح ابن مسلم في
رجل اعتق غلاما واوصى بوصية وكان اكثر من الثلث قال يمضي عتق الغلام و
يكون النقصان فيما بقي وخبر الحسن بن جهم قال سمعت ابا الحسن ع يقول في رجل
اعتق مملوكا له وقد حضره الموت واشهد له بذلك وقيمته ستمائة درهم وعليه دين
ثلثمائة درهم ولم يترك شيئا غيره قال يعتق منه سدسه لانه انما له منه ثلثمائة درهم ويقضى عنه ثلثمائة درهم
وله من الثلثمائة ثلثها فله السدس من الجميع ونحوه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج الطويل
المشتمل على سؤال الصادق ع عن اختلاف ابن ابي ليلى وابن شبرمة وفيه ما يدل على معلومية
اختصاص تصرفه في ثلثه حيث قال له عبد الرحمن اليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء قال
بلى وصحيح جميل بن دراج وغيره من الاخبار وهي مع كثرتها واصحية الدالة على المطلوب
وحملها على التدبير مع مخالفته لصريح بعضها بعتق واختصاص موردها بالعتق غير
قادح للاولوية او القطع بالغاء الخصوصية ولعدم القائل بالفرق على ما ادعاه المصنف
في غاية المراد وان كان لا يخلو من مناقشة فان ابن زهرة ادعى الاجماع على نفوذ العتق
المتبرع به المريض من الثلث مع دعويه الاجماع على خروج الهبة من الاصل بل قد يظهر
من بعضهم عدم التامل في نفوذ العتق المزاحم للدين من الثلث الا ان المستفاد من
اخبار العتق الغاء الخصوصية وان المقتضي لخروجه من الثلث عدم التسلط عند حضور
الموت على ما زاد عليه فتامل ومنها ما ورد من الاخبار في نفوذ الاقرار وهي وان كانت
مختلفة الا ان الجمع بينها بما هو المنسوب الى الاكثر من نفوذه من الثلث مع التهمة
ومن الاصل مع عدمها متعين وان جمع بينهما بغير ذلك مما لا منافاة فيه لتعلق
النفوذ بالثلث في الجملة فلو لا تعلق حق الوارث بالتركة لم يكن وجه اصلا لقصر تعلقه بالثلث

في حال من الاحوال بل في بعض النصوص المشار اليها ما يفيد اختصاص حق المريض بالثلث كخبر العلاء
بياع السابري قال سئلت اباعبدالله ع عن امراة استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت
ان المال الذي دفعته اليك لفلانة وماتت المرأة فاتى اولياؤها الرجل فقالوا (له)
انه كان لصاحبتنا مال ولا نراه الا عندك فاحلف لنا ما لها قبلك شيء افيحلف لهم قال
ان كانت مأمونة عنده فيحلف لهم وان كانت متهمة فلا يحلف ويضع الامر على ما كان فانما
لها من مالها ثلثه ولا يقدح بالاحتجاج بهذه النصوص على المدعى دلالتها على النفوذ
من الاصل وعدم الاتهام المعتبر في بعضها بما اذا كان عدلا وفي بعضها مصدقا وفي
آخر مرضيا وفي آخر وليا ونحو ذلك لجواز ان يكون تعلق حق الوارث بالمال الا على وجه
يزاحم الاقرار بالدين او غيره على بعض الاحوال كما في المفلس الذي قيل بنفوذ اقراره
بالدين وان زاحم حق الغرماء والا لبقيت الذمة مشغولة لا سبيل الى فكها ومنها ما
ورد في الهبة والابراء كخبر السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي ع انه كان يرد النحلة في الوصية
وما اقر به بلا ثلث ولا بينة رده لظهوره في ارادة رد العطية وما اقر به الى مخرج الوصية
وهو الثلث وخبر ابي ولاد عن الصادق ع في الرجل يكون عليه الدين لامرأته فتبرئه منه في مرضها
فقال بل تهبه له فتجوز هبتها ويحسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئا وهو نص في احتساب
الهبة من الثلث ولا يقدح فيه ما يقتضيه ظاهر الجواب من نفي صحة الابراء من الدين
وجواز هبته مع ان الحال يقتضي العكس لجواز ارادة الترقي الى جواز الهبة بمعنى انه لو
وهبته جاز ويحسب ذلك من الثلث فضلا عن الابراء فصريح دلالته على ما قيل من جواز هبة
ما في الذمة لان مرجعها الى الابراء او يجوز ان يكون اطلاق الهبة في الخبر على معنى الابراء
ان النفي المستفاد من الاضراب متوجه الى الاحتساب من الاصل كما يقتضيه ظاهر السؤال
فيكون المعنى انه لا تبرأ منه من الدين كله بمجرد الابراء بل تبرأ منه قدر ما يسعه الثلث وعليه

بجمل ما ورد في خبر جراح عن رجل يكون لامرأته عليه الصداق او بعضه فتبرئه منه
في مرضها فقال لا اذ لا قائل بنفي صحة الابراء مطلقا في المرض فالمراد نفي صحته من الاصل
وان صح من الثلث وفي خبر سماعة مثله وزاد ولكنها ان وهبت له جاز ويمكن تنزيله
على ما عرفت كما يمكن ان ينزل ما ورد في خبر جراح في عطية الوالد لولده قال ان اعطاه
في صحته جاز وخبر سماعة قال سألته عن عطية الوالد لولده فقال اذا كان صحيحا فهو ماله
يصنع به ما شاء فاما في مرضه فلا يصلح وهو صريح في التحجير عليه حال المرض ولا حجر الا
فيما زاد على الثلث اجماعا وحمل نفي الجواز المستفاد من مفهوم الاول ومنطوق
الثاني على الحكم التكليفي وهو التحريم او الكراهة دون الوضعي وهو البطلان بعيد جدا
ومنها النصوص الناصة على ان للرجل عند موته ثلث ماله وهي صحاح مستفيضة
كصحيح عبدالله بن سنان وصحيح علي بن يقطين وصحيح ابي بصير وصحيح يعقوب بن شعيب وغيرها
مما هو كالصريح في التحجير عليه فيما زاد على الثلث عند الموت والمراد بعنديته حضوره
واشرافه وظهور علاماته واماراته وهي كناية عن المرض الشديد كما هو المفهوم عرفا
لا وجه لحملها على مصاحبة الموت والوقوع فيه ليكون المعنى ان للرجل بعد موته ثلث
ماله اذ من المعلوم ان الرجل بعد الموت لا يملك مالا ولا تصرفا وانما يملك في حال
الحيوة التصرف بالمال منجزا او معلقا بعد الموت بالوصية والصحاح المشار اليها صريحة
في انه لا يملك التصرف الا بالثلث وحملها على التصرف المعلق تقييد للاطلاق بها من غير
موجب للتقييد فلذا ذهب اكثر المتأخرين او عامتهم عدا من شذ الى خروج منجزاته من
الثلث وحكاه المص في غاية المراد عن الصدوق وابن الجنيد والشيخ في ط وظ الخلاف
والمحقق نجم الدين والمتأخرين وهو ظاهر اتفاقهم عليه وعن ط ما ظاهره انه المعروف
بيننا وقد سمعت ما في الغنية من دعوى الاجماع على خروج العتق المتبرع به في المرض

من الثلث عملا بالنصوص المشار اليها المؤيدة بكثرتها وتجاوزها حد التواتر معنى ووضوح
دلالتها بعد ملاحظة انضمام بعضها الى بعض واخصّيتها مما دل من النصوص على خروجها
من الاصل فيتعين الجمع بينها بالتخصيص والتقييد سيما مع ضعف دلالة ما دل على الخروج
عن الاصل وقلّته عددا وقصوره دلالة اذ من المحتمل قريبا ان المراد من الاحقية في النصوص
المذكورة انه لا اعتراض للوارث عليه فضلا عن غيره ما دام حيا بل له التصرف به كيف شاء
وان كان لو مات للوارث المنع مما زاد على الثلث في وصيته ومنجزاته التبرعية ولذا ورد في بعض
نصوصها ان الرجل احق بماله ما دام فيه الروح ان اوصى به كله فهو جائز له مع ان الوصية
لا تنفذ بعد الموت الا بالثلث ان لم تجوز الورثة اجماعا فيكون المدار من الجواز عدم
ملكية الرد عليه وان كان للوارث حق لكنه لا يزاحم حق المالك في حيوته ولذا لو رد الوارث
وصيته بما زاد على الثلث في حيوة الموصى له وتعين خروجها من الثلث من لزوم الاضرار
والاجحاف بالورثة ودفع ما يلحق المتصرف من التهمة في ارادة حرمان الورثة لو اوصى بما
زاد على الثلث وقد ورد في ذيل صحيح ابن الحجاج المشار اليه مما تقدم ما يشير من ان الموجب
للاقتصار على الثلث في المنجز دفع التهمة عن المتصرف وفيه تنبيه على اتحاد الوصية والتنجيز
في تعلق الخروج بالثلث لاطلاق لفظ الوصية على العتق المنجز المذكور في صدر الخبر
المذكور فلا محيص عما عليه المتاخرون من التزام خروجها من الثلث الا ان الخروج
من الاصل لما كان هو الاصل فاللازم الاقتصار على العتق المنجز المذكور المتيقن من المرض
والتصرف فاما المرض فقد اعتبر الشيخ وجماعة كونه مخوفا واعتبروا مع الشك الرجوع الى
الاطباء او شهادة عدلين من اهل المعرفة واختلفوا في الاكتفاء بحصول الظن ولو من قول
غير العدل واحتاجوا لذلك الى تقسيم الامراض ومعرفة المخوف الا ان اعتبار الخوف مما
لا اشاعله النصوص لخلوها عن اعتباره وانما اشتملت على كونه عند الموت وعند حضور

الموت

الموت اذ لا دلالة في ذلك على اعتبار كون المرض مخوفا بل الظاهر صدقه في حضور الموت ايضا
بنفس المرض الذي تعقبه الموت وليس المراد من ذلك اشتداده وبلوغه الى حال المعاينة و
النزع فالتصرف الواقع في المرض المسبب للموت تصرفا عند حضور الموت عرفا فلذا اختار المحقق
والعلامة وكثير من المتاخرين من الاكتفاء في الحكم بالمرض الذي يتفق معه الموت ومرادهم
ما تسبب عنه الموت عرفا فلا عبرة بالمرض المطاول لسنين متعددة كالسل في ابتداء
امره ولا بما يقع في الغالب عدم تسببه للموت وان اتفق الموت بسببه كالرمد والزكام
والصداع وحمى اليوم ونحو ذلك بل العبرة بما لا يؤمن معه من الموت عادة وعرفا
وان لم يكن مخوفا ولا اعتبار بغير المرض من الاسباب كالغرق والحرق والطلق ومباشرة
الحروب وظهور الطاعون ونحو ذلك وان علم الموت به بلا خلاف فيه على ما نفاه المصنف في
غاية المراد ولعله لعدم الاعتداد بالمحكي عن الاسكافي من الحاقه بالاصل من غير معارض
سوى توهم تعديته العلة وهي غير منصوصة واما التصرف فالمدار فيه على التصرف الاختياري
المفوت على الوارث مالا موروثا فلا عبرة بما يفوت على الوارث قهرا من دون تسبب
اصلا كما لو ملك بالارث من ينعتق عليه قهرا وكذا لو نذر تملكه بالشراء في حال الصحة او
في حال المرض فوجب فاشتراه في المرض اما لو تملكه اختيارا في حال المرض من غير لزوم
ففي انعتاقه من الاصل او الثلث وجهان من كون الخروج قهريا فلا تصرف فيه ومن
ان القدرة على السبب قدرة على المسبب فيندرج مثله في التصرفات الاختيارية و
لعله الاقوى وكذا العبرة بغير المتبرع فيه من المعاوضات مع عدم المحاباة لعدم تفويت
مال على الوارث اصلا وانما كان من المحاباة اذا لم يكن المدفوع مالا موروثا كما لو آجر
نفسه باقل من اجرة المثل او عقدت نكاحها باقل من مهر المثل اذ لا تفويت على الوارث
بذلك بل هو من الاكتساب اما لو باع او آجر باقل من عوض المثل فقد قطع الاصحاب بكون

المحاباة في ذلك بحكم التبرع فيحسب قدرها من الثلث على المختار فان زاد عليه فسخ الوارث
من المبيع بقدر ما يقابل الزيادة كما لو باع ما لو باع ما قيمته ستة دنانير بثلاثة فانه يسترجع
سدس المبيع لكونه الزائد على ما يقابل الثمن بعد ضم الثلث اليه ان لم يكن المبيع ربويا
والا امتنع الاقتصار على فسخ السدس من المبيع مجازا لافضائه الى الربا كما لو باع كرا
قيمته ستة بكر قيمته ثلثة فان فسخ السدس يفضي الى بيع خمسة اسداس كر بكر فالطريق
الى تحصيل قدر المحاباة من الثلث ان يفسخ الوارث ثلث المبيع فيرد على المشتري ثلث
الثمن فتتحصل المعاوضة بالثلثين في كل من المبيع والثمن فيجتمع للمشتري اربعة دنانير اثنان
في مقابلة تركة واثنان بالمحاباة من الثلث وعن العلامة اعتبار هذا الطريق في
غير الربوي ايضا نظرا الى ان المعاوضة مقتضية لمقابلة اجزاء الثمن وان كان اقل
قيمة من المبيع فيمتنع استرجاع السدس من المبيع بدون رد سدس من الثمن فيتعذر تحصيل
قدر المحاباة من الثلث الا مراعاة الطريق الطريق المذكور ايضا وهو جيد وان رده
المص بان عقد المحاباة متضمن لعقدين بيع وعطية فلا مانع من فسخ ما زاد على الثلث
مجانا لكونه هبة لما فيه حق الغير فلا ينفذ بدون الاجازة لمنع انحلال العقد المذكور
الى عقدين وانما هو معاوضة بيعية تقتضي مقابلة اجزاء الثمن باجزاء المبيع ولذا
يسترد المشتري من الثمن بقدر ما فسد من المبيع لو ظهر استحقاق بعض المعين او كونه مما
لا يملك ولا ينافي ذلك احتساب المحاباة من الثلث لكونها بحكم الهبة في تفويت مال الموروث
على الوارث والمدار في النصوص كما عرفت على ما صدق منه التفويت عليه عرفا فلا مدخلية لكونه
معاوضة او غيرها ولا لصدق التبرع وعدمه اذ لا اثر لذلك في النصوص وانما تضمنت الهبة
والابراء والعتق والاقرار ونحو ذلك ومما هو مستلزم لصدق التفويت قطعا فلا يندرج
في التصرفات المحجور عليه فيها ما يبذله لنفقة او قضاء ما يحمله دينا او اكرام ضيف او زيادة

دفاهية على نفسه وعياله او مصانعة ظالم او عرض او اكرام طبيب لرجاء عافية او نحو ذلك
من التصرفات المحتاج اليها في العادة لعدم معلومية اندراج ما فيها سمعته من النصوص
مع كفاية الثلث فيتعين الرجوع فيها الى الاصل في نحوها من الاصل ومن هنا يعرف
فساد ما ذكر في تاييد القول بنحوها من الاصل من استمرار السيرة على عدم الضبط عليه
في طومار فانها مستمرة على المسامحة في نحو ما اشرنا اليه من التصرفات التي لا يبعد اندراج
الصدقة لرجاء العافية فيها ايضا دون ما كان من نحو الهبات والاوقاف والعتق و
نحو ذلك مما هو محل التهمة في حرمان الوارث من الارث غالبا ويأتي نحو ان شاء الله تعالى
في الوصايا ما له مزيد نفع في المقام قوله ويثبت حجر السفيه بظهور سفهه وان لم يحكم
الحاكم به ولا يزول الا بحكمه المنسوب الى المشهور توقف الحجر على السفيه ثبوتا ورفعا
على حكم الحاكم استنادا الى الاصل فيما لم يقم عليه اجماع والى عمومات العقود والمعاملات
ووجوب الوفاء بها وان موضوع السفه والرشد اجتهادي لاختلاف العلماء في بعض
ما يعد فعله سفها ورشدا فيتوقف ثبوته ونفيه على رأي الحاكم وانه لو كان مجرد تحقق
السفه موجبا للحجر وان لم يحكم الحاكم به لادى الى العسر والحرج في المعاملات سيما اعتبار
الرشد في صحتها لاحتمال السفه غالبا فان اغلب المعاملات مع السفيه او مجهول الحال
مع استمرار السيرة على المعاملة من غير بحث والنظر وذهب جمع من المحققين الى عدم
اعتبار الحاكم في الحجر مطلقا ثبوتا وزوالا استنادا الى ظواهر الاطلاقات من الايات
والروايات القاضية بالتحجير عليه بمجرد السفه من غير مراعاة امر اخر من حكم الحاكم او غيره
نحو قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم وقوله تعالى فان الذي عليه الحق سفيها او
ضعيفا او لا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل لاطلاق النهي في الاولى عن
ايتاء السفيه المراد به من صدق عليه ذلك عرفا وعادة واثبات الولي والولاية عليه

فى الثانية ولانّ السفه علّة فى المنع كما انّ الرشد علّة فى عدمه فيدور الحكم معهما وجودا
وعدما ولانّ الحجر على السفيه انما هو لمصلحته والنظر له فى حفظ ماله كالحجر على الصبى و
المجنون فانه لا يفتقر الى حكم الحاكم لا كالحجر على المفلس فانه لمصلحة الغرماء فلا يثبت بدون
الحاكم وهذا هو الاقوى لضعف ما ذكر فى حجة التوقف من الاصل والعمومات المخصصة
ببعض ما عرفت ودعوى انّ السفه والرشد اجتهادى يمنع ذلك بل هما عرفيان
ولا يقدح الاختلاف فى بعض الافراد اذ هو من الاختلاف فى المصاديق العرفية ولو
فرض توقف ثبوته ونفيه موقوفا على رأى الحاكم فلا يلزم منه توقف الحجر على رأيه ايضا
ودعوى لزوم العسر والحرج لو اكتفى فى الحجر بمجرد تحقق السفه فى حيز المنع لو قلنا بكون
السفه مانعا فانه انما يلزم اجتناب معاملة معلوم السفه وهو لا عسر فيه واما مجهول
الحال فالسيرة قاضية بصحة معاملته عملا باصالة صحة فعل المسلم وباصالة الرشد
وعلم السفه الا مع فرض جهل الحال بعد العلم بسبق السفه فان استصحاب سفهه والحجر عليه
موجب للمنع كما انّ جهل الحال بالسفه المتصل بالبلوغ قاض باستمرار الحجر الى ان يتبيّن
الرشد لقوله تعـ حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم
لظهوره فى زوال توقف الحجر عن الصبى على امرين البلوغ والرشد فالحجر ثابت ان لم يعلم
سفهه بعد البلوغ اذا لم يعلم رشده كما صرّح به الاصحاب من غير خلاف يعرف بينهم ومقتضا
ان النزاع فى اعتبار حكم الحاكم وعدمه فى الحجر على السفيه انما هو فى السفه المتجدد بعد
الرشد كما لا فى المتصل منه بالبلوغ لمعلومية اتصال الحجر عليه وتوجه الخطاب الى الاولياء
قبل البلوغ من اب او جد او حاكم او غيرهم بمنع ايتاء المال اليه الا بعد ايناس الرشد
فلبس ظهور السفه مانعا من دفع المال وبقاء الحجر كى يقع الخلاف فى ثبوته بمجرد ظهوره
او بعد حكم الحاكم بل العلم بالرشد شرط فى ارتفاع الحجر فلا بد ولا غنى بدون العلم

بدون

بدون تحققه ويؤكد ذلك انه لو كان زوال الحجر بعد البلوغ موقوفا على حكم الحاكم لطلب
الناس عند بلوغهم فك الحجر عنهم من الحاكم لكونه عندهم من اهم الاشياء كما افاد
ذلك العلامة فى التذكرة ويظهر منه ان الخلاف فى عدم توقف السفه المتصل ثبوتا
على حكم الحاكم والادفعا الآمن بعض الشافعية فاعتبر ذلك القاضى معللا بان الرشد
انما يعلم بنظر واجتهاد ولعل هذا التعليل هو الذى حدى المص على ما اختاره فى
الكتاب من التفصيل حيث اعتبر الحكم فى دون ثبوته مع انّ الاحتياج الى النظر والاجتهاد
فى ثبوته اشدّ منه فى زواله فلو عكس المص التفصيل كما ينسب العكس الى القيل لكان
اولى ولذا جزم فى التحرير بالتوقف على الحكم فى وتردد فى الزوال والمتجه عدم التوقف
مطـ كما عرفت قوله وان عامله العالم بحاله استعاد ما له فان تلف فلا ضمان اذا عامل
السفيه فاقبضه او اذن له بالقبض المضمون فى بيع او صلح او هبة معوضة او قرض ونحو ذلك
فان كانت العين باقية استعادها على ما قطع به الاصحاب هنا من غير فرق بين علم الدافع بالسفه
والتحجير او جهله بهما او باحدهما معللين بفساد المعاملة وبقاء العين على ملك مالكها فله اخذها
متى شاء وان كانت تالفة لنفسها او باتلاف او تفريط وكان الدافع عالما بحال السفيه
موضوعا وحكما فلا ضمان على السفيه لتقصير المالك بتسليطه السفيه على ماله واقباضه
لو اذنه بالتصرف فيه واتلافه وان كان جاهلا بحاله موضوعا او حكما ففى ضمان السفيه لجهل الدافع
وعدم تقصيره بالدفع لزعمه صحة المعاملة وعدم ضمانه لتقصير الدافع بعدم الفحص عن حاله كالدفع
الى الصغير والمجنون مع الجهل بحالهما قولان اظهرهما الضمان لعدم ادلته ومنع تقصير المالك
هنا لجواز معاملة مجهول الحال سفها ورشدا بخلاف مجهول صغرا او كبرا وجنونا وعقلا
والفارق بينهما لزوم العسر فى الاول دون الثانى مع ظاهر الاتفاق عليه ولو قبض السفيه
من غير اذن ضمن لكونه قبضا بغير حق وان توهم كما لو كان السفيه جاهلا انفسه فيكون غصبا

اوكالغصب في ترتب الضمان لعموم ادلته والظ عدم الخلاف فيه فما في الروضة من جعل التفصيل
بين الاذن وعدمها قولا ثالثا في المسئلة غير مستحسن هذا ولو لم يظهر من تسالم الاصحاب
على ما ذكرناه من الاحكام الوفاقية والخلافية لاشكل الحال في قطعهم هنا باسترجاع العين
مع بقائها حيث يكون الدافع عالما مع مصير الاكثر في بيع الفضولي مع رد المالك وعدم
اجازته الى منع المشتري من استرجاع الثمن من البائع وان كانت عينه باقية لو علم
البيع وكان عالما بغصبيته وعلم استحقاقه الثمن وان كان الاظهر جواز ذلك كما بيناه في
محله ولاشكل قطعهم ايض بضمان السفيه لو كان الدافع عالما بحاله المخالفته لمقتضى قاعدة
ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده فانها متناولة لصورتي العلم والجهل في كل من المتعاقدين وان
فرق في الفساد بين الناشي من اختلال الشرط في البيع او احد المتعاقدين الا ان يدعى اختصاص
مورد القاعدة بالاول فليتامل وقد مر في الفضولي وفي بيان القاعدة المشار اليها ماله
نفع تام في المقام قوله وفي ايداعه واعارته واجارته فيتلف العين نظر اي في ضمان السفيه
لو دفع العالم بحاله ما لا يضمن بصحيحه من وديعة او عارية او عين مستاجرة فاتلفها مباشرة
او تفريطا نظر مترددا اما لو تلفت من غير تعد ولا تفريط فلا اشكال في سقوط الضمان
عنه عالما كان الدافع بحاله او جاهلا كما لا ينبغي التامل في ضمانه لو كان الدافع جاهلا
بحاله فاتلفه مباشرة او تفريطا الا على القول بعدم التضمين مع جهل الدافع في القبض
لتقصيره في عدم الفحص فيكون بمنزلة العالم وفيه ما عرفت وانما الاشكال في اتلافه بالتعدي
او التفريط مع علم الدافع بحاله فقد تردد المص هنا والمحقق في الشرائع الا انه قال والوجه انه
لا يضمن استنادا الى الاصل وتفريط الدافع بتسليط من ليس له اهلية الائتمان على ماله
والى ما ورد من ان اسمعيل نهاه الصم عن ان يستبضع رجلا كان يشرب الخمر فاستبضعه
واستهلك المال فجعل اسمعيل يطوف في البيت ويدعو بان يخلفه الله عليه فلحقه ابو عبد الله ع

وغيره

وغمزه وقال له يا بني فلا والله ما لك على الله حجة ولا لك ان يوجرك ولا يخلف وقد بلغك
انه كان يشرب الخمر فائتمنته الى ان قال فان الله يقول ولا تؤتوا السفهاء اموالكم فاي
سفيه اسفه من شارب الخمر ان شارب الخمر لا يزوج ولا يؤتمن على امانة فمن ائتمنه على
امانة لم يكن للذي ائتمنه على الله ان يوجره لكن الاصل منقطع بعمومات الضمان والخبر ضعيف
سندا ودلالة مع اشتماله على مخالفة اسمعيل لابيه ع والمعلوم من ورعه خلافه ودعوى
نسبة الاتلاف الى الدافع من حيث التسبيب مع انه لم ياذن له بالتصرف فليس باولى من نسبته
الى المباشرة بل المباشرة هنا اقوى من التسبيب لكون السفيه بالغا عاقلا مكلفا
بتكاليف العقلاء من حفظ الامانة وعدم التعدي والتفريط فيها وان نهي عن ائتمانه
فالقول بتضمينه مع المباشرة او التفريط الذي لا يقصر عنها كما عليه العلامة في التذكرة
والمحقق الثاني والفاضل الشارح وغيرهم هو الاقوى ونزل في جامع المقاصد
عبارة القواعد على التفصيل في الضمان بين المباشرة والتفريط وهو بعيد وفي الحاق الصبي
والمجنون بالسفيه في ضمان ما يدفع اليهما باختيار صاحبه من غير اذن بالاتلاف كالوديعة
ونحوها قولان حكاهما في المسالك ولم اقف على القائل بالضمان وانما قربه
العلامة في التذكرة والتحرير عدم الضمان نعم قوى في جامع المقاصد ضمان المميز
بالاتلاف والتفريط وهو قوي لصلاحية المميز للائتمان والحفظ واستناد الاتلاف
عرفا الى مباشرته وتفريطه لقوة مباشرته بالنظر الى السبب بخلاف غير المميز و
المجنون فانهما كالحيوانات لا يضمنان الا ما اتلفاه من غير تفريط من المالك لاتلافه
ومنه يظهر ضعف ما في المسالك من التفصيل في ضمان الصبي والمجنون بين الاتلاف
بالمباشرة فالضمان بالتفريط وعدمه نظرا منه الى ان الضمان بالمباشرة من خطاب
الوضع وبالتفريط من خطاب الشرع لان الضمان باعتباره انما يثبت حيث يجب الحفظ والوجوب

على الصبي لما عرفت من ان الاتلاف بالمباشرة انما يوجب ضمانا اذا لم يستند الى سبب اقوى
منها والا فالمتلف السبب دون المباشر وعلى فرض الاستناد الى المباشرة كما في الصبي المميز على
الاظهر فلا فرق بين المباشرة والتفريط الموجب للتلف لاستناد الاتلاف اليه فيهما عرفا و
سقوط الخطاب التكليفي بالاهمال لا يقتضي سقوط الخطاب الوضعي بضمان من اتلف لصدق
الاتلاف عرفا بكل من المباشرة والتفريط قوله ولا يرتفع الحجر عنه ببلوغه خمسا وعشرين سنة
هذا الحكم مجمع عليه بين اصحابنا لعموم ادلة الحجر على السفيه كتابا وسنة ولم يخالف فيه غير ابي حنيفة
لاعتبارات سخيفة قوله ولا يمنع من الحج الواجب مطلقا ولا من المندوب اذا استوت نفقته انما يحجر
على السفيه في تصرفاته المالية فلا اثر للحجر عليه في عباداته البدنية بل حكمه فيها حكم الرشيد ما لم تود
الى تصرف في مال فيمنعه الولي من التصرف فيه لا من نفس العبادة لعدم تعلق الحجر بها وانما يمنع من المال
حيث لا تكون العبادة واجبة عليه فلو وجبت وتوقفت على بذل المال كماء الوضوء والغسل
الواجبين والساتر للصلوة الواجبة ونفقة الحج الواجب اصالة او نذرا او عرضا بالندب وشبهه قبل
تعلق الحجر به وجب عليه وليه بذل المال والنفقة مطلقا زادت نفقته في سفره على نفقته
في الحضر او لم تزد من غير خلاف ولا اشكال لتعين العمل عليه وتوقفه على بذل المال الا انه
لا يمكنه من النفقة بل ينفق الولي او وكيله عليه واما غير الواجب كالحج المندوب فان استوت
نفقته سفرا وحضرا فلا اشكال في تمكينه من النفقة وان زادت لم يمكنه من الزيادة
بلا خلاف اجده الا ما يحكى من الاردبيلي من ان الولي لا يمنعه من الحج المندوب وان زادت
نفقته وهو ان اراد تمكين الولي من سائر المندوبات المالية كالعتق والوقف وبناء المساجد
والقناطر ونحوها مما هو موافق لتصرف العقلاء فهو مخالف لما يظهر من اتفاق الاصحاب على
منعه من جميع التصرفات المالية عبادة كانت او غيرها عدا ما وجب من العبادات مع منافاته
لحكمة الحجر من ارادة صيانة المال وحفظه اذ ربما جعل السفيه وسيلة الى تضييع المال وان

اراد

اراد تمكينه من خصوص الحج المندوب فلا اجد له خصوصية سوى ان الحج المندوب ينقلب
واجبا بالاحرام فيلزمه وليه بذل نفقة الواجب العارض بالاحرام كما في الواجب بالعارض من
الندب وشبهه وفيه تامل فان ما وجب بالنذر انما لا يجوز منعه حيث تقدم سببه على
التحجير اما لو تاخر عنه منع والا لصار طريقا الى التبذير وتضييع المال ويمكن ان يحمل كلام
الاردبيلي على انه ليس لوليه منعه عن نفس الحج المندوب مع فرض زيادة النفقة لعدم
اشتراطه بالمال وان كان له المنع من بذل النفقة الزائدة فان تمكن السفيه من اكمال الحج
المندوب ولو بتسكع او بذل باذل وجب الاكمال والا تحلل من الاحرام كما في المصدود ولا
منافاة في هذا لما عليه ظاهر الاصحاب للتسالم على ان للولي تحليله وهو صريح في انعقاد
احرامه وصحته والا لما افتقر الى محلل والمراد من تحليل الولي امره بقطع الحج فانه غير
داخل في المصدود اذ ليس بمعنى منعه من النفقة الزائدة التي يتوقف سفره عليها فيتعذر مضيه
في الحج ويندرج في المحصور فلو امكن السفيه اكتساب النفقة الزائدة فهل منع الولي له
من صرفها في الحج المندوب قولان اظهرهما المنع لان باكتسابه يصير من جملة ماله المحجور
عليه فيه وما قيل من انه قبل اكتسابه لا مال له وبعده صار محتاجا الى النفقة انما يتم
لو يمكنه العود اصلا او امكنه بنفقة مساوية لنفقة الاكمال والا لم ينفعه لاحتياجه الى
النفقة والقول بان الاكتساب غير واجب على السفيه فلا يلزم من صرفه ما يحصل به
اتلاف شيء من المال الذي تعلق به الحجر يدفعه ان الاكتساب وان لم يكن واجبا الا
انه اذا اكتسب باختياره وحصل المال تعلق به الحجر واستثنى في المسالك من ذلك
الكسب الواقع في السفر الغير المتمكن منه في الحضر ان كان بعد التلبس بالحج او قبله ولم
يمكنه العود الا بصرفه والمضي ما فيه فان اكتساب ما لا يمكنه في الحضر ان كان موجبا لرفع الحجر
ثابتا فلا خصوصية له في ارتفاع الحجر مع حصول احد الشرطين فان التلبس بالحج ان كان

موجبا لكماله وليس لولية تحليله فقد صار محتاجا الى النفقة الزائدة والفرق في وجوب بذلها
من الكسب للمتمكن في الحضر وغير المتمكن بل يجب بذلها ولو من غير الكسب ايض والا لم ترتفع المحذور
واما اشتراط امكان عدم العود الابصرة فانه دافع للمنع مط ما امكن تحصيله في الحضر وما
لا يمكن في التحجير عليه بعد حصوله نعم قد يستثنى من ذلك ما لو كان الاكتساب بنفس السفر او بما
لا يمكن الا باكمال السفر احتاج حج الى النفقة الزائدة فيجب على الولي بذلها وكيفما كان فنحث
بمنع الولي من النفقة الزائدة واكمال الحج فلا خلاف ظاهرا في صحة احرامه وانعقاده وانقطاع الاحصار
الى محل لكن تحلله بالهدي متعذر لكونه مالا محجورا عليه فيه ايض فيتعين بالصوم ان ثبت بدليته عن هدى
لكن قد سلف في الحج ان الاظهر عدم بدلية الصوم عنه لعدم الدليل واختصاص بدليته في هدى التمتع كما
هو المشهور بينهم وح فيشكل الحال في تحليله لان بقاؤه على الاحرام الى ان يتمكن من الحج في القابل ضرر
عظيم في حق المولى عليه وتحليله بالهدي تصرف في المال المحجور عليه ولعل تحليله بالهدي حيث ينقص
عن نفقة اكمال الحج اولى وان لم ينقص فالمتيقن بذل النفقة لاكماله والمسئلة من المشكلات ملت فليتأمل
فيها **قوله** وتنعقد يمينه ويكفر بالصوم لا خلاف في انعقاد يمينه ونذره وعهده ان تعلق بغير
المال من سائر الاعمال لعدم الحجر عليه فيها كما لا خلاف في عدم الانعقاد لو تعلق بشيء من ذلك
بعين المال وان اطلق في القواعد انعقاد يمينه لمعلومية ان اليمين على انفاق مال معين تصرف
مالي كالوصية والتدبير محجور عليه فيه وانما التأمل في الانعقاد لو تعلق بما في الذمة
ففي التذكرة انعقاد يمينه بذلك وفي الروضة انه لو كان مط لم يبعد ان يراعي في انعقاد اصل
الرشد ولعله موافق للتذكرة يحمل على ارادة لزوم التادية بعد الرشد والا فلا مراعاة
الانعقاد بعد وقوعه مع تزاد الحكم بانعقاده على ما في الذمة لا يخلو من اشكال اذ لا يخرج
بذلك عن كونه تصرفا ماليا ممنوعا منه بالتحجير ولذا منعوا شرائه بالذمة بل ظاهر التذكرة
الاتفاق على منع شرائه كذلك اذا لم يجد الخلاف فيه الا عن وجه للشافعية نعم يجوز من شراء

العبد بغير اذن مولاه قال والمذهب المشهود لهم كما ذهبنا اليه من المنع من ذلك ايض لان الحجر
تبرع في حقه نظرا له وذلك يقتضي الرد حالا او مالا والحجر على العبد لحق المولى فلا يمنع
الحكم بصحته حيث لا ضرر بالمولى قلت وما علل به في الشراء جار بعينه في اليمين نعم قد يفرق
بينهما بان الشراء مستلزم لسفر البائع ايض حيث رضي بتأخير الثمن الى الرشد وهو غير
محقق الوقوع فيفسد من هذه الحيثية بخلاف اليمين وهو كما ترى لجريانه في شراء العبد المحكوم
بصحته فرضا ولصراحة التعليل المذكور ببطلانه من تصرفه المال وان كان في الذمة لا من حيث
سفر البائع فالمتجه البطلان مط الا ان يتحقق اجماع على صحته مع الاطلاق وحيث ينعقد يمينه
لو حنث كفر بالصوم لا بالعتق وغيره على ما قطع به جماعة من الاصحاب للحجر عليه في المال وامكان
التكفير بغيره وهو متجه واحتمال جواز العتق يلزمه تعيينا او تخيير الصدق التمكن من المال في
الجملة يدفعه ان الحجر عليه صيره بحكم غير المتمكن فيحصر التكليف بالصوم نعم لو فك حجره قبل تكفيره
لزم العتق ان تمكن منه **قوله** وله العفو عن القصاص لا الدية لا اشكال في جواز عفوه عن القصاص
بناء على ما عليه اصحابنا من اختصاص الحق في الجناية العمدية لعدم كونه من الحقوق المالية
فله استيفائه والعفو عنه من غير اذن الولي الا على ما يحكى عن بعض المخالفين من تخيير المجني
عليه بين القصاص والدية فقد قيل بانه ليس له العفو عن القصاص مجانا ويشكل بان الحق المردد
بين المال وغيره لم يتمحض كونه مالا فلا يشمله ادلة الحجر فكما جاز له القصاص وان فوت الدية
فكذا يجوز العفو عنه بعد اختياره واما الدية فلا اشكال في عدم جواز العفو عنها مط قال
المصنف **كتاب الضمان** اي التعهد الذي هو عقد من العقود لا الاعم منه ومن الحاصل
بغيره من الاسباب القهرية كالغصب والاتلاف وضمان المبيع قبل قبضه ونحو ذلك مما هو مبين
في محله والمعروف المتبادر من اطلاق الضمان لغة وعرفا ارادة التعهد بالمال من البري فلا
يتناول الكفالة والحوالة وان اطلق لفظ الضمان على ما يعمهما ايض فانه من المجاز وتعريف

هذا كتاب الضمان

الفاضلين بالتعهد بالنفس والمال الا بنا فيه فانه من المصطلحات الشرعية لا من
الحقائق الشرعية ولا العرفية على الظ وما في المسالك من ان الضمان المطلق حقيقة
في المعنى الاخص مجاز في الفردين الاخرين مطلق الضمان حقيقة في الاعم من الثلثة على
نحو ما قيل في الماء المطلق ومطلق الماء بعيد لاقتضائه تعدد الاوضاع وهو خلاف
الاصل مع ان البحث في الضمان المطلق المجرد عن التقييد بكونه ضمان نفس او مال من البرى
او غيره والشبهة في تبادر المعنى الاخص وعدم تبادر غيره وهما امارتان للحقيقة والمجاز
ويؤكد ما ذكرنا بعد مناسبة الضمان للكفالة والحوالة بناء على ما عليه اصحابنا من اشتقاق الضمان
من الضمن وانه نقل ما كان في ذمة في هذه ذمة اخرى بل المناسبة اصلا في تسميته للكفالة
والحوالة بناء على ما عليه المخالفون من اشتقاق الضمان من الضم لكونه ضم ذمة الى اخرى
وان يترتب عليه ما ذكروه من تخيير المضمون له بين الرجوع على الاصل والضامن وان كان
ما ذكروه من الاشتقاق فاسدا لفظا ومعنى لاقتضاء زيادة النون في جميع تصاريف
المضمن وان يكون الحق الواحد متعلقا بذمتين على صحة البدلية والاستقلال دون الاشتغال
ودعوى نظيره في الايدي المتعاقبة على المغصوب قد تمنع لاستقرار الحق على من بيده
تلف العين فان جاز الرجوع بها على غيرها لقضاء اليد ولعل لحظ ذلك بعضهم فادعى
استحقاق الرجوع اولا على الاصل فان تعذر جاز الرجوع بها على غيرها على الضامن لكون
الضامن وثيقة كالرهن وهو كما ترى بل مفاد الضمان نقل مال من ذمة الى ذمة فلو ابرأ
صاحب الحق ذمة الضامن برء الاصل ولو برء الاصل لم يبرء الضامن لعدم بقاء في
ذمة الاصيل وان استحق الضامن الرجوع عليه لم يكن متبرعا وعلى ما ذكره المخالفون
لو ابرأ ذمة احدهما لم يبرء الاخر ويتفرع على الخلاف بيننا وبين مخالفينا تصور دور
الضمان وترامية على ما ذكرناه دون ما ذكره قوله وهو التعهد بالمال من البرى عرّف

الضمان

الضمان بالتعهد اما لكون الضمان نفس التعهد والعقد آلة عليه او اطلاقا للمسبب على السبب
كما مر نظيره في البيع واخرج بقيد المال الكفالة لكونها تعهدا بالنفس وبقيد البرى
الحوالة بناء على اشتراطها بشغل ذمة المحال عليه للمحيل وان لم نقل بذلك كان التعريف
جاريا على ما هو الغالب في الحوالة والضمان لعدم اختصاص الضمان عمن كان بريا من شغل
الذمة للمضمون عنه بمماثل ما ضمنه اذ لا مانع من ضمان مشغول الذمة بالمماثل تبرعا او
باذن المضمون عنه وان لم يكن بطريق الحوالة كما لا مانع من الحوالة على البرى ايضا على ما ذهب
اليه جماعة من الاصحاب وح فلا يكون في التعريف احترازا عن الحوالة ويمكن خروجها بقيد
التعهد اذ المفهوم منه ما كان تعهدا اختياريا بالعقد ولا تعهد كذلك في الحوالة لكونها
شبيهة بالاستيفاء او المعاوضة فليس فيها الا تبديل مال بمال سيما لو لم يعتبر رضا
المحال عليه بالحوالة وعلى تقدير اعتبار رضاه في صحتها فهو ارفاق من الشارع بحاله من
حيث اختلاف الغرماء في الاقتضاء والمطالبة ومثله لا يعد من التعهد بالمال الا التزام
به قبل الحوالة وان نسب عقد الحوالة الواقع بين المحتال والمحيل التزام تاديته من المحال
عليه للمحتال فهو كالالتزامات القهرية فلا يندرج مثله في اطلاق التعهد المنصرف
الى ما كان منه بالاختيار فتدبر والامر هين بعد وضوح المراد من الاقسام الثلثة قوله
ويشترط كماله اي كمال الضامن المدلول عليه بقرينة المقام او بدلالة المصدر وهو
التعهد او اسم الفاعل وهو البرى والمراد من كماله اهليته للتصرف بالمال بارتفاع
الصغر عنه والجنون والحجر المانع من التصرف كالتحجير على السفيه وعلى المريض بالنسبة
الى ما زاد على الثلث في تبرعاته فانه لا يصح ضمانه فيما زاد على الثلث ان كان بغير اذن
من المضمون عنه لعدم استحقاق الرجوع عليه بما يؤدي وفي صحته مع الاذن وجهان
وقد يقوى العدم مع اعسار المضمون عنه والعلم بحاله حين الضمان لصدق التفويت به

على الوارث عرفا ويصح ضمان المفلس ويتبع به بعد رفع الحجر لعدم منافاته لحق الغرماء
ولو ادعى الضامن عدم الكمال لعبد الضمان فالقول قول المضمون له في دعوى الكمال تقديما
لمدعي الصحة على مدعي الفساد على اشكال فيما لو اختلفا في الصغر والجنون ويقوى
تقديم مدعي الفساد لو اختلفا في بلوغهما جميعا حين العقد لعدم ثبوت اهليته للتصرف
من احدهما ليرجع الى اصالة الصحة في فعل المسلم **قوله** وحريته الا باذن المولى فيثبت في
ذمته العبد الا ان يشترط كونه من مال المولى يمكن اندراج هذا الشرط في اشتراط كمال الضامن
بناء على ما عرفت من ان معنى كماله اهليته للتصرف ولا ريب في ان العبد محجور عليه في جميع
تصرفاته المتعلقة بنفسه او بماله لو قلنا بتملكه وان لم تكن منافية لحق المولى عدا طلاق
زوجته وما يحتاج اليه من ضروريات تعيشه وتحريك اعضائه ومكالمته مع الغير اذا لم يؤد
الى تفويت حق للمولى بل قد اشرنا سابقا منعه من النيابة بالعقد لعموم ما دل على الحجر
عليه من الكتاب والسنة والاجماع فلو ضمن بدون اذن مولاه لم يصح كما هو المعروف حتى كاد يكون
اجماعا بل الخلاف فيه الا من العلامة في التذكرة فجوز ضمانه بدون اذن المولى فيتعلق المضمون
بذمته ويتبع به بعد العتق نظرا منه الى عدم منافاته على هذا الوجه لحق المولى لعدم تضرره
بذلك فلا تشمله ادلة التحجير بل يكون متناولا لعمومات الوفاء بالعقود وهو متجه لو كان المقتضي
للحجر مزاحمة حق المولى خاصة وليس كذلك بل المقتضي قوله تعالى لا يقدر على شيء مع النصوص
القاضية بالمنع من جميع التصرفات ما يتضرر المولى به وما لا يتضرر مع ان تضرر المولى
بالضمان المذكور متحقق ايضا ولو بمنعه من الارث بالولاء لو اعتق فمات والاعتذار عنه بان
الارث لا يمنع الضمان لكونه متأخرا عن الدين كما لا يمنع اقرار العبد بالدين والضمان الحر
لحق ورثته الجدي نفعا فان تقديم الضمان على الارث هو الموجب لتضرر المولى لحرمانه
من الارث على تقدير موت العبد بعد عتقه فكان الضمان منافيا لغرض المولى المالي المحتمل

من

من الارث فتعين اندراجه في التصرفات المحجور عليه فيها ونفوذ اقراره بالدين لو سلم فلكونه
اخبارا عن سبق شغل الذمة به فلو لم ينعقد لادى الى تضرر العبد ببقاء ذمته مشغولة
بخلاف الضمان فانه احداث شغل في ذمته فكان لمولاه منعه لتضرره في الجملة ولكونه
تصرفا في ملكه ولذا كان له المنع من الاستدانة قولا واحدا من منعه من الدين يقتضي منعه
من الضمان تبرعا بالاولوية فلا اشكال في منعه من الضمان بدون اذن المولى واما مع اذن
المولى فلا خلاف في صحته بل في التذكرة ولك الاجماع عليه لوجود المقتضي وارتفاع مانع
الحجر بالاذن وانما التأمل في تعلقه مع اطلاق الاذن بذمة العبد فيتبع به بعد العتق
او بذمة السيد او بماله مطلقا او بكسب العبد او برقبته تعلق ارش الجناية به فالمشهور
الاول لعدم دلالة الاذن الا على رفع الحجر عنه في الضمان وذمته صالحة للضمان فيتعلق
بها وقيل يتعلق الضمان بكسبه وهو مجهول القائل ومع ذلك لا دليل عليه سوى دعوى
انصراف اطلاق الاذن بالضمان الى ما يتعقبه الاداء وهو كما قيل لو تم لم يختص بالكسب
بل ينبغي جواز تاديته من مال المولى مط اذ لا خصوصية لكسبه فانه من جملة مال سيده مع
ان دعوى الانصراف المذكور فيه المنع اذ لا يستفاد من الاذن سوى رفع الحجر وهو اعم
من تعلق الضمان بذمته او ماله والعام لا يدل على الخاص وقيل يتعلق بذمة المولى كما في الاذن
له بالاستدانة وهو الذي قواه الفاضل الشارح في الروضة والمسالك ويظهر الميل
اليه او الى ما يقاربه من جامع المقاصد ومن المحكي عن الاسكافي الحاق الاذن في الضمان
بالاول وفي الاستدانة لكون الضمان نوعا من الدين والانصراف اطلاقه الى ما يتعقبه الاداء
والعبد غير متمكن من التأدية اذ لا مال له فيتعين تعلقه بذمة المولى او ماله مط وضعف الوجه
الاخير يظهر مما مر واما الاول وهو الالحاق بالدين فيبطل مع الفارق فان العمدة
في اثبات تعلق الدين بالمولى ورود النص المستفيض في المقام مع ان الدين معاوضة ومن

شأنها ان لا يثبت العوض الا على مالك المعوّض ومن المعلوم انّ ما يستدينه العبد انما يملكه
فيلزمه العوض ولذا كان المفهوم من اطلاق الاذن بالاستدانة توكيل العبد واستنابته
مطـ فيما تعلق بتجارته او بمصالح نفسه مما يلزم المولى كالنفقة ونحوها او بغير ذلك كما
مرّ بخلاف الضمان فانه تحمّل وتبرع لا يلزم المولى فيه ما لزم العبد ولا تفيد اذنه التوكيل و
النيابة ولا الاذن في التادية من مال السيد مطـ او من مال مخصوص كسبا او غيره الا بالقرينة
او التصريح بان يقول اضمن في كسبك او بما في يدك من مالي او بغيره من الاموال وكيفما
شئت فيضمنه العبد مشترطا على المضمون له التادية من المال المأذون فيه فيصح ضمانه و
تنحصر التادية بما يعينه كما يضمن الحر ويشترط التادية من مال مخصوص ويشكل الحال في صحة
ضمان العبد على النحو المذكور بناء على اشتراط ان يكون المال المشروط منه التادية ملكا للضامن
الا ان يمنع من ذلك بل يكتفى في صحته باذن مالكه بذلك كما يصح رهن مال الغير باذنه او يدعى
الخصوصية للعبد في جواز مثله من حيث انّ نفسه وذمته مملوكتان للسيد فضمانه كضمانه او
يدعى ظهور التوكيل او النيابة مع التصريح بتادية المضمون من مال السيد كسبا او غيره فيتعلق
الضمان ح بذمة السيد وعلى اى تقدير فيتجه صحة ضمان العبد بالنحو المذكور ولم اقف على
قائل بتعلقه برقبة العبد كتعلق ارش الجناية بل هو مخالف لكلما دل على انّ الضمان انتقال
مال من ذمة الى ذمة وان حكى عن بعض نسخ التحرير تعلقه برقبته فلعل المراد ذمته نعم في
التذكرة حكايته عن بعض المخالفين ولا التفات اليه وحيث يتعلق الضمان بكسب العبد
فلا اشكال في لزوم تاديته من الكسب فلو قصر عنها ضاع ما قصر على صاحبه ولو اعتق
العبد ففي بقاء الضمان وتعلقه بكسبه بعد العتق او ما يحصل له مطـ او بطلانه وجهان
نسب الاول الى ظاهر كلام الاصحاب في المسالك وهو كذلك وعلل الثاني بفوات المحل
المعين لاداء المال لكون المراد من الكسب ما هو ملك المولى وقد فات والاخير ضعيف

فانّ

فانّ تعلق الضمان هو الذمة فلا يفوت بفوات ما وجب فيه التادية من المال بالشرط او بالاذن
من المالك بل يبقى الحق في الذمة فيلزم تاديته من غيره ولا فرق في ذلك بين القول بكون
الضمان في ذمة المولى او العبد ولا تنحصر التادية بعد العتق بكسبه لو كان الضمان في ذمته
لان ذلك لا يسمى كسبا في اصطلاح الشرع ولا مدخل لاذن المولى فيه اذ لا سلطنة له عليه
بل هو وما يحصل في يده من غير ذلك سواء ومنه يظهر الحال فيما لو مات العبد قبل امكان
الاداء فان الضمان ان كان متعلقا بذمته فقد بطل وضاع على صاحبه وان كان في ذمة
المولى بقي الضمان ولزمه اداؤه من غير الكسب المأذون فيه فما في المسالك من احتمال لزومه
مولى المأذون وعدم لزومه له وجعل المسئلة مبنية على مسئلة تعيين الاداء من مال بعينه
منظور فيه فانّ لزومه لمولى المأذون انما هو لو كان في ذمة المولى وهو خلاف التحقيق
كما عرفت وعلى فرضه كما هو اختياره في المسالك لا وجه لاحتمال عدم لزومه الا مع فرض
اشتراط المولى على المضمون له التادية من كسب العبد ان قلنا بتعلق الضمان بالمال المشروط
به التادية تعلق ارش الجناية بالجاني فلذا بنى المسئلة هنا على مسئلة تعيين الاداء من
مال بعينه والاجود تفاوت الحال بين المسئلتين فان مسئلة الاداء من مال معين انما هي
في صورة الشرط هنا من التادية من مال مخصوص فيقوم فيها مع تلف المال المعين تقريب احتمال
بقاء الضمان لتعلق الحق به كتعلق الدين بالرهن وهو المعروف بين الاصحاب لان وضع
الضمان الذمة وتخصيص هذا المال بالشرط انما افاد اختصاص المطالبة به فعلا فهو
شبيه بالرهن وان لم يكن منه وعدم بقاء الضمان لكونه كتعلق الارش بالجاني لافادة
الشرط حصر الحق في المال المعين وضعفه ظـ واما مسئلة العبد فتاديته الحق من كسبه فلا
اشتراط فيها اصلا بل يلزمه التادية منه لعدم تمكنه من غيره واختصاص التادية به انما
هو مال من الاموال يلزمه التادية منه لاذن صاحبه بذلك والحل غيره فلا موجب لحصر الحق

فيه وان احتمل في المال المشروط فلينه بقوله ولا اشتراط علمه بالمستحق ولا بالغريم بل تميزهما
المعروف بين اصحابنا انه لا يقدح في صحة الضمان جهالة الضامن بالمضمون عنه او المضمون له
حين الضمان فلا يجري عقده مجرى سائر العقود من بيع او صلح او اجارة او هبة او نكاح
او غيرها من توقف صحتها على معلومية كل من المتعاقدين لصاحبه وتوجه الخطاب اليه بل
لو ضمن الضامن عمن لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا على ما حكاه في التذكرة مؤذنا بدعوى
الوفاق كما انه لو فرض من لا يعرفه صح ايضا للاصل السالم عن المعارض واطلاقات الضمان
وانتفاء الحاجة الى معرفتهما حين العقد اما المضمون عنه فلكون الضمان تحملا عنه واسقاطا
لما في ذمته فيجري مجرى الابراء والتبرع باداء الدين في عدم الافتقار الى من عليه الدين واما
المضمون له فلان الواجب اداء الحق عليه وهو لا يتوقف على معرفته حين العقد ولو قلنا باشتراط
رضاه او قبوله اللفظي المتصل بالايجاب لامكان تحقق ذلك ايضا في حال عدم معرفة الضامن
به مع ان المستفاد من النصوص الواردة في ضمان علي ع عن الميت الدرهمين وضمان ابي
قتادة بحضرة النبي ص وضمان علي بن الحسين ع دين عبد الله بن الحسن وابن اسامة عدم اعتبار
معرفة الغريم للقطع بعدم حضوره في مجلس الضمان وعدم تميزه اصلا انما يحكى عن
المبسوط والتنقيح من اشتراط معرفتهما مما الاشبه في ضعفه كضعف ما في الخ من اعتبار
معرفة المضمون عنه دون المضمون له وما في التذكرة من عكسه لعدم دليل صالح الى اثباته
وان علل في الخ معرفة المضمون عنه بانه لا بد من تميزه عن غيره عند الضامن ليقع الضمان
عنه وذلك يستدعي العلم وزاد غيره بانه يعتبر معرفته ليعرف حاله وانه هل يستحق اصطناع
المعروف اليه او لا وربما علل بتوقف التمكن من الرجوع اليه بالاداء على ذلك وعلل في
التذكرة معرفة المضمون له بالامن بها من الغرر والضرر لتفاوت الناس في المعاملة و
الاقتضاء والاستيفاء وتشديدا وتسهيلا والكل كما ترى نعم ما علل به اولا في معرفة

المضمون

٨

المضمون له لو تم لكان متجها لكنه مصادرة لمنع توقف وقوع الضمان عنه على معرفته وتميزه بل
يكفي معرفة الحق ولزوم تشخصها بضمنه المستحق حيث يتمكن من وفائه بمعرفته بعد الضمان
الا ان يدعى خروج مثله عن المتعارف في عقد الضمان وحصول الشك في اندراجه
في اطلاقه وعموماته ولذا استشكل في التذكرة بعد ان حكم بعدم اشتراط معرفة المضمون
عنه واستدل له بما استدل قال اذا ثبت هذا فهل يشترط معرفة ما يميزه الاقرب العدم
بل لو قال ضمنت لك الدين على من كان من الناس جاز على اشكال نعم لا بد من معرفة
المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان ولم يقصد الضمان
عن اي من كان انتهى بل قال في الشرائع بعد ان جعل الاشبه عدم اشتراط العلم باسم المضمون
عنه والمضمون له لكن لا بد ان يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد الى
الضمان عند الضامن وان لم تكن معرفتهما شرطا في الضمان فيكون البحث هنا عند التحقيق
في موضعين احدهما في اشتراط المعرفة التامة بهما بالاسم والحسب والحضور ونحو ذلك
وعدمه بحيث يتوجه القصد اليه بخصوصه ممتازا عن غيره او لا يعتبر فاما الاول فقد عرفت
تحقيق الحال فيه وان لا مخالف في عدم اشتراط المعرفة الا من عرفت واشرنا الى ما
استدل به المخالف في المقام لكونه من الاعتبارات والاستحسانات التي لا تصلح للتقييد
اطلاقات الادلة وتشبه ان تكون من علل المخالفين واعتباراتهم التي لا تعويل عليها و
اما الثاني فظاهر الاكثر عدم اعتبار التميز المذكور وبه صرح في التذكرة كما سمعت
ولا ينافيه قوله الخبر انه لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه الخ فانه قيد ذلك بما
اذا لم يقصد الضمان عن اي من كان ولا اشكال في انه لو اراد الضمان عن شخص بخصوصه
وجب ان يكون مميزا عند الضامن ليقصد الضمان عنه بخصوصه وانما الكلام في اشتراط
قصد الخصوصية في عقد الضمان او الاكتفاء به عن اي مضمون عنه كان وقد عرفت ما قربه

فى التذكرة من عدم اعتبار التميز والاكتفاء بالضمان عن اى مشخص كان كما هو اختيار
الفاضل الشارح فى المسالك والروضة نظرا الى ان المعتبر فى الضمان قصده لا قصد
خصوصية التشخص المضمون عنه للاصل والاطلاقات وانتفاء ما يدل على اعتبار تشخيص
المضمون عنه وتوجيه القصد اليه بخصوصه ولا يقدح الترديد فى الظاهر بعد ان يكون ممتازا فى
نفس الامر خلافا لما اسمعته عن المحقق فى الشرائع من اعتبار امتياز المضمون عنه عند الضامن
ليصح القصد الى الضمان عنه وهو بناء منه على اشتراط تشخص المضمون عنه عند الضامن
فيتعين تميزه بما يصح معه القصد الى الضمان عنه ولما عليه المص هنا من اعتبار تميز كل
من المضمون له والمضمون عنه بما يصح معه القصد اليهما لاشتراط تشخيصها عند الضامن
وقد عرفت انه لا دليل عليه بل اطلاقات الادلة والروايات الواردة فى الضمان عن الميت
وعن محمد بن اسامة وعبد الله ابن الحسن قاضية بخلافه ومن الغريب ما وقع لبعض افاضل
العصر فى شرح الشرائع من حمل التميز المعتبر فى كلام المحقق على ما قابل الترديد والابهام
فى نفس الامر وقال ان اعتباره مما لا اشكال فيه ولا خلاف وجعل الضمان عن المعين واقعا
وان كان مجهولا عند الضامن صحيحا مشتملا على ما اعتبره المحقق من التميز وصرف عبارة
التذكرة الى ما هو وفق المحقق فى الشرائع واستغرب من الفاضل الشارح حيث جعل ما
فى التذكرة مخالفا لما فى الشرائع ولا يخفى ما فيه بعد ملاحظة ما حررناه وحكيناه مضافا
الى ملاحظة انه لو كان الاتيان المعتبر فى كلام المحقق احترازا عن المبهم مطلقا كالضمان من
احد الغريمين او غريم ما لما حسن استدراكه مشيرا الى تعليله بتوقف صحة القصد الى
الضمان عنه على تميزه فان الضمان عن المبهم واقعا مما لا يعقل ضمان اذ لا مضمون عنه ولا
مضمون له فلا يحسن استدراكه ولا تعليله بتوقف صحة القصد عليه ولما حسن تقييد الاتيان
بكونه عند الضامن فان المبهم لا وجود له ولا امتياز عند احد اصلا ولما حسن الاقتصار فى اعتبار

التميز

التميز على المضمون عنه فان الابهام فى المضمون له موجب للبطلان من غير اشكال ايضا كما
لا يقدح جهالة المضمون عنه والمضمون فى الضمان فكذا لا يقدح جهالة الحق عند الضامن
على المشهور بل فى الغنية الاجماع وعن كشف الرموز نسبته الى رواية الاصحاب وان العمل
به عملا بقول الصادق عليه السلام خذ ما اشتهر بين اصحابك وفيه الحجة مضافا الى الاصل واطلاقات
الضمان وقوله تع ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وما ورد من ضمان عبد الله بن
الحسن وابن اسامة المقطوع المضمون والمقطوع بجهالته حين العقد وما ورد فى جواز
ضمان العهدة وما ورد من ضمان النبى صلى الله عليه دين كل دينه وان امكن المناقشة فى بعض
ما ذكر الا انه مؤكد لما اشرنا اليه من العمومات والاطلاقات السالمة عن المعارض فما
حكى عن الشيخ والقاضى وابن ادريس من منع ضمان المجهول مما لا دليل عليه سوى مراعاة
دفع الغرر والضرر اللاحق للضامن مع الجهالة من حيث امكان كثرته وعدم تمكن الضامن من
من ادائه وفيه المنع من تحقق الغرر فى غير المعاوضات مع انه يمكن العمل بالتمكن من ادائه مع
جهالته وفرض النزاع وموضع الخلاف على ما قيل جهالة الحق حين الضمان اذا امكن استعلامه بعده
اما لو لم يمكن الاستعلام ففى التذكرة والمسالك ان الضمان فيه لا يصح قولا واحدا كما
لو قال ضمنت لك شيئا مما لك على فلان وعلله فى المسالك بصدق الشئ على القليل
والكثير قال ولا احتمال لزوم اقل ما يتناوله الشئ كالاقرار لاندفاعه بانه ليس هو المضمون
وان كان بعض افراده ومقتضى التمثيل والتعليل ان الممنوع منه ضمان المبهم المردد
بين القليل والكثير وهو مما لا اشكال فى بطلانه اذ لا حقيقة للضمان بعد انتفاء الحق المضمون
وعدم وجوده فى نفس الامر لكن الحسن تفريعه على عدم امكان الاستعلام الا ان يكون
من قصد السالك بانتفاء الموضوع بل ينتفى تفريع ما اذا ضمن ما فى ذمته من ثبت او حرا لا
طريق الى استعلامه بينته او غيرها الا فى الحكم ببطلان ضمان فيه مع انه اجمع فى اطلاقات

الضمان وامكان تحصيل فراغ الذمة منه ولو بالصلح او الاقتصار على المتيقن ونفي الزائد
بالاصل او الاحتياط بالاكثر على نحو ما لو امكن الاستعلام حين الضمان فتعذر بعده مما لا
يخلو من اشكال ان لم يتحقق ما ادعي من الاجماع وكيفما كان فيصح ضمان ما في ذمته مع جهالته على
ما اختاره مط جهل قدره خاصة او جنسه ونوعه ايضا ويلزمه ما تقوم به البينة قطعا سواء
كانت الخصومة مع الضامن او المضمون عنه وانما تقبل خصومة المضمون عنه مع المضمون له حيث
يكون الضمان باذنه اما لو كان تبرعا فلا فائدة له بانكاره ولا اقراره لانتقال الحق عن ذمته
وعدم الرجوع عليه بشيء ولو اقر المضمون له بعد الضمان بدره لم يلزم الضامن لانه اقرار في
حق الغير ويلزمه ما اقر به قبل الضمان ولعله مراد ابي الصلاح المحكي عنه لزوم الضامن ما
اقر به المضمون عنه لاطلاق عبارته وامكان حملها على ما ذكر كما ان ما في الغنية من لزوم
الضامن ما يثبت بالبينة اذ الاقرار ممكن الحمل على ارادة اقرار الضامن او المضمون عنه قبل
الضمان ويلزمه ما يثبت باليمين المردودة ان كانت مع الخصومة وان كانت مع المضمون عنه ففي
لزومه للضامن مط وعدم لزومه كذلك والتفصيل باللزوم ان كان الرد برضا الضامن
والا فلا وجوه اظهرها الاخير لدلالة الرضا على التوكيل في الخصومة او اسقاط الدعوى
وفي المخ ان التحقيق ان نقول ان جعلنا يمين المدعي كالبينة كان له الرجوع على الضامن
سواء رضي بيمينه اولا وان جعلناها كالاقرار وافتقر الى رضا الضامن وفي هذا
البناء اشكال لاحتمال الحاقها كالبينة في حق المتخاصمين لا مط فلا يترتب عليها ما ذكر قوله
ولا بد من ايجاب وقبول لفظا ايجابا ضمنت وتكفلت وتقبلت ولو قال مالك عندي او علي
او ما عليه علي فليس بصريح فيقبل المستحق وقيل يكفي رضاه فلا يشترط فورية القبول الظ
انه لا خلاف في عقد الضمان من العقود اللازمة مع ان المشكوك في عقديته عقد الايقاع
والمشكوك في جزئيته منه جزء لعود الشك الى تحقق الماهية بدونه والاصل عدمها فمقتضى

عقديته

عقديته اعتبار الايجاب والقبول فيه بل اعتبار ما يعتبر في العقود اللازمة من اللفظ والعربية
والصراحة والاقتران بالقبول الا مع التعذر لخرس او غيره فتكفي الاشارة والكتابة المظهرة
لهما من الاخرس وفي الاكتفاء بالكتابة وحدها وجهان اقربهما العدم لاحتمال العبثية و
تجربة القلم وحكاية الخط ونحو ذلك ولو تعذر النطق لغير خرس فان امكن التوكيل والا فكالاخرس
لكن المستفاد من الاصحاب في عقود الضمان عدم التزام ما التزموه في غيرها من العقود اللازمة من فعلية
الصيغة وماضويتها والاكتفاء بالجمل الاسمية وبما اشتق من المصدر او من الامر منه ونحو
ذلك من المسامحات التي لا تعهد في غيرها فلذا صرحوا بصحة مثل ضمنت او تكفلت بالمال
او تقبلت به او تحملته او توكدته او التزمته او انا بهذا المال ضمين او كفيل او ضامن او زعيم
او حميل ونحو ذلك مما هو صريح في انشاء الضمان والتعهد بالمال وانما وقع التأمل في نحو ما اشتهر
بينهم من قول مالك عندي او علي او ما عليه علي لدعوى عدم الصراحة في الضمان لجواز
ارادته ان للغريم تحت يده مالا وانه قادر على تخليصه او ان عليه السعي او المساعدة والظ انه لو
قال علي دينك او ضمانه او دينك في ذمتي كان ضمانا لصراحته فيه وكان الموجب للمضايقة
فيما عدا عقود الضمان عدم الصراحة في غير ما اقتصروا عليه من الصيغ وتحقق الصراحة في
عقود الضمان بما سمعته من الصيغ ونظائرها او انصراف العقود التي يجب الوفاء بها الى
المتعارف منها لغة وعرفا والمتعارف في عقود الضمان اوسع دائرة من المتعارف في غيرها
او ان العقود من المجملات فاللازم الاقتصار على ما فهم الفقهاء منها لانهم المرجع في تمييز ما اشتبه
من الموضوعات بدليل الروايات هذا في طرف الايجاب واما القبول فلم يتعرض لاعتباره اكثر الاصحاب
بل اختلفوا في اشتراط رضى المضمون له وعدمه فلو كان القبول مسلما فيما بينهم لم يتجه الخلاف في
في الرضا الدال التزاما القبول على ما هو ازيد منه قطعا فلذا استشكل في التذكرة وان قرب
الاشتراط وقال في القواعد وفي اشتراط قبوله احتمال بل عن الايضاح ومجمع البرهان الجزم

بعدم اشتراطه وان المعتبر انما هو الرضا خاصة ولعله الاقرب اما اشتراط الرضا فلاصالة
عدم نقله وانتقال الدين من ذمة الى ذمة بدونه ولكونه تصرفا في مال الغير فلا يصح بدون رضا
صاحبه وللاجماع المنقول في الغنية على اعتباره المؤيد بالشهرة التامة عليه وللزوم الضرر
وترتب الفساد على صحة من الضمان ولو مع بدون الرضا لاختلاف المقاصد وتفاوت الغرماء
في الوفاء والقضاء ولصحيح ابن سنان في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال
اذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت ويعضده المروي عن الفقه الرضوي وعن علي
ابن الحسين عليهما السلام في ضمان دين عبد الله بن الحسن فما عن الشيخ في الخلاف مما يوهم الخلاف
مما لا شبهة في ضعفه وان تبعه بعض من تأخر لما روي في ضمان علي ع دين الميت الذي
امتنع النبي ص من الصلوة عليه حتى ضمنه علي ع وما ورد في موثق اسحق عن الصادق ع في الرجل
يكون عليه دين فيحضره الموت فيقول وليه علي دينك قال يبرئه ذلك وان لم يؤده
وليه وفي آخر عن ابي الحسن ع في رجل مات وله دين وخلف ولدا رجالا ونساء و
صبيانا فجاء رجل منهم فقال انت في حل مما لاخوتي واخواتي وانا ضامن لرضاهم عنك
قال يكون في سعة من ذلك وحل قلت وان لم يعلمهم قال ذلك في عنقه قلت فان
رجع الورثة على هذا فقالوا اعطنا قال لهم ذلك في الحكم الظاهر فاما بينك وبين الله
فانت في حل منها اذا كان الرجل الذي احلك يضمن رضاهم وما ورد في صحيح الخثعمي من
جواز اقتراض الودیعة اذا كان عنده وفاء او يضمنها عنه ضامن وان لم يكن عنده وفاء
وضعف الجميع ظ لورود الاخير في ضمان الاعيان وفي صحته ما استعلم وورود ما قبله في
ضمان الرضا وهو غير ضمان المال مع ان الراوي به خلاف الاجماع واما موثق اسحق فمطلق
راي التقييد بالرضا نعم في المروي من ضمان علي ع دين الميت اشعار بعدم اعتباره لظهور
الحال في عدم معرفة المضمون له وعدم حضوره الا انه لا ينهض في معارضة ما عرفت لضعف السند

والدلالة

والدلالة المراد من الجائز حصول الرضا بعد ان يضمن منه صريحا ونحوه بناء على الاكتفاء به او
الاكتفاء برضا النبي ص لكونه اولى بالمؤمنين من انفسهم مع انه لا دلالة فيه على براءة ذمة الميت
بمجرد الضمان وصلوة النبي ص بعد ان ضمن علي ع لا تدل على ان المانع مجرد الشغل بل لعل
الشغل الذي لا يتمكن صاحبه من الفراغ منه بوجه تركه او ضمين اذ من المستبعد الامتناع
عمن في ذمته درهم مع وجود ما يفي به من التركة اضعافا فاما عفته وح فيرتفع المانع
بحضور من يتكفل ذلك وان لم تبرأ ذمته الا بعد الدفع الى الغريم او رضاه بالضمان و
عدم اشتراط القبول اللفظي المتصل بالايجاب فللاصل مع عدم دليل مخرج عنه سوى
دعوى الاجماع على انه عقد وان العقد عبارة عن الايجاب والقبول وفيه ان الاشكال
في تسميته عقدا لكن دعوى ان كل عقد لا بد ان يكون مشتملا على الايجاب والقبول اللفظيين
الصريحين المتصلين في حيز المنع لما تراه ياتي من الاكتفاء بالقبول الفعلي في كثير من
العقود الجائزة مع عدم خروجها عن مسمى العقد بذلك بل ذهب بعضهم الى ان المعاطاة
عقد بيع مع عدم اشتمالها على لفظ اصلا فالظ ان المراد من العقد ما توقف على
رضا الطرفين في مقابلة الايقاع والابراء والاحتياج الى الايجاب والقبول اللفظيين
في اغلب العقود اللازمة انما هو لاقتضاء الدليل ذلك من اجماع واقتصار فيما خالف
الاصل على المتيقن اذ دراجه في العمومات والاجماع في الضمان على اعتبار القبول المذكور
بل لعل الاجماع والنصوص بخلافه لخلو الفتاوى والاخبار عن اعتباره بل قد عرفت
اختلافهم في اشتراط الرضا وعدمه ولا يمكن اعتبار القبول على القول بعدم اعتبار
الرضا وظ ان المعتبر من الرضا انما هو الاكتفاء به مطلقا تقدم على العقد او تأخر اتصل
او انفصل بلفظ كان او بغيره وهو عين القبول المدعى والموجب هنا للاقتصار على
المتيقن من اقتران القبول لفظا بالايجاب لعدم التزام الاصحاب به وشمول عموماته لكل

ضمان تعقبه الرضا متصلا او منفصلا وظهوره ما استدل به على عدم الرضا في عدم اعتبار
ما ذكر من القبول جزما ولتسميته عقدا غير قادح لامكان المسامحة في قولهم كالمسامحة
في ايجابه الذي قد عرفت الاكتفاء فيه وكلما افاد التعهد والالتزام من الافعال والجمل
الاسمية فكما انه يجري مجرى سائر العقود في طرف الايجاب فكذا في طرف القبول فيمكن تحققه
بمجرد الرضا من غير لفظ او باللفظ منفصلا عن الايجاب اذ المهم الرضا بما وقع من الايجاب
ومع ذلك فالاحتياط بمراعاة الاتصال بينهما لا يترك قوله ولا عبرة بالغريم اي
لا عبرة برضا الغريم وهو المضمون عنه للاجماع بقسميه ولجواز وفاء الدين من الغير بغير اذنه
فالتزامه في الذمة اولى وللاجماع على جواز الضمان عن الميت وورود النص به والمقصود
رضا قوله ولا يرجع عليه مع عدم اذنه اي لا يرجع الضامن على المضمون عنه بما اداه وغرمه
لو ضمن عنه من غير اذن له بعد الضمان بالتادية فادى او لم ياذن بلا خلاف بين اصحابنا
انما ينسب الخلاف فيه الى بعض اهل الخلاف للاصل السالم عن المعارض وللاجماع بقسميه
في صورة التبرع بكل من الضمان والاداء بل وكذلك في صورة التبرع بالضمان والاذن
بالتادية ففي التذكرة نسبة عدم الرجوع فيهما الى علمائنا واحتمال ان الاذن بالتادية
مطلقا في قوة تصريحه بالرجوع عليه على نحو دلالة الاذن بالضمان على ذلك في غاية الوهن
لعدم دلالة الامر بالتادية الا على امره بقضاء ما وجب عليه بالضمان اذ المراد ان الدين
قد لزمه بالضمان فامره بوفائه كامره بوفاء دين الضامن نفسه فلا يستحق بالرجوع
بمثله حتى لو صرح بالرجوع عليه لم يستحق عليه الرجوع على الاظهر لان الاذن بالاداء
بعد اللزوم بالضمان في حكم اللغو فيلغى ما تضمنه من اشتراط الرجوع ولان الاداء
واجب بالضمان من غير عوض والمستحق بلا عوض لا يقابل بالعوض كسائر الحقوق الواجبة
من زكوة او خمس او دين لازم له من غير ضمان فان امره بوجه ذلك عليه بتاديته لا يستلزم

الرجوع

الرجوع على الآمر وان صرح له بذلك بل غايته ان يكون وعدا لا يلزمه الوفاء به فما جزم به بعض
المتاخرين من استحقاق الرجوع لو قال اده وارجع به علي نظرا الى جواز تبرع المضمون
عنه بالوفاء على الضامن فاذا امر الضامن بالوفاء مصرحا له بالرجوع عليه فادى الضامن
ممتثلا لامره كان كالاداء تبرعا عن المضمون عنه وان كان المؤدي هو الضامن عن نفسه ويكون
كقوله لاجنبي اد عن الضامن المتبرع وارجع علي غير متجه فان استحقاق الرجوع اما
ان يكون لتوكيل المامور واستنابته في تمليك ماله المضمون ودفعه وفاء عنه على الضامن
والاداء في امره بالتادية على ذلك جزما او لصرف ماله المحترم في منفعة الآمر امتثالا
باذنه وامره وهذا انما يتصور فيما كان صرفه متعينا عليه قبل الامر كما بيناه فلا وجه
لالحاق مثله بتبرع المضمون بالتادية وتنظيره بما لو امر اجنبيا بالتادية عن الضامن
المتبرع والرجوع عليه قياس مع الفارق لخلو ذمة الاجنبي عن الدين وعدم لزوم
صرف ماله في تاديته فلو ادى كان صرفا لمنفعة الآمر وامتثال امره خاصة بخلاف
الضامن نعم هو نظيره امر المديون من غير جهة امر الضمان بالتادية والرجوع بما اداه والتزامه
استحقاق الرجوع في مثله مجازفة قوله ولو اذن له رجع عليه باقل الامرين مما اداه
ومن الحق لا خلاف بين الاصحاب في ان اذن المديون بالضمان عنه موجب لاستحقاق الضامن
الرجوع عليه بالتادية مطلقا اذن بالتادية او لم ياذن امكنه مراجعة المضمون عنه و
استيذانه او تعذر لاصالة احترام المال المدفوع لمنفعة الغير باذنه صريحا او بما هو
في قوة الصريح فان الاذن بالضمان اذن بالتادية عرفا وعادة وللاجماع المدعى
في كلام جماعة وللنصوص كالخبر عن ابي الحسن ع في قول الناس الضامن غارم قال ليس على
الضامن غرم الغرم على من اكل المال وفي اخر عن الصادق ع في رجل ضمن عن رجل ضمانا
ثم صالح عليه قال ليس له الا الذي صالح عليه ونحوه غيره من الاخبار واطلاقها

وان تناول غير الماذون بالضمان الا انه يقيد بما دل على اشتراط الاذن فيه كما ينبغي تقييده مع الاذن بما اذا لم يشترط عدم الرجوع عليه بالتادية والا لم يستحق الرجوع عليه عملا بالشرط المنحل الى قصد الضمان عنه تبرعا وكيفما كان فلا يستحق الماذون الرجوع على المضمون عنه قبل التادية ولا المطالبة بالحق وان طولب بالاداء لا احده في الاول ولا في الاخير الا من العلامة في التحرير والقواعد فحكم بان للضامن مطالبة الاصيل اذا طولب كما ان له ان يعزمه اذا غرم وان استشكل في القواعد بل عن الشيخ تقوية مطالبته وان لم يطالب ولا شبهة في ضعفه فان جواز الرجوع والمطالبة فرع ثبوت حق للضامن في ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان ولا اعرف به قائلا من الاصحاب وانما نسبه في التذكرة الى احد وجهي الشافعية نعم في الشرائع ما يوهم ذلك حيث قال اذا ضمن عنه دينارا مثلا باذنه فدفعه المضمون عنه الى الضامن فقد قضى ما عليه فانه موهم لاشتغال ذمته بمثل ما ضمن قبل التادية ولكن لعل المراد انه بدفعه مثل الحق المضمون الى الضامن لا يبقى مطالبا للضامن بعد التادية ولا للمضمون له لفراغ ذمته من المضمون له بالضمان ومن الضامن بوصول مثل حقه اليه كما فهم ذلك في المسالك وان استشكله حيث يتلف ما يقبضه الضامن منه قبل التادية من غير تفريط بناء على عدم ضمانه فانه يصح رجوع الضامن عليه بعد التادية لان ما قبضه منه قبلها امانة باقية على ملك المضمون عنه لا يجوز له التصرف فيها بل يلزمه ردها الو ابراه المضمون له من الدين ولعل ابناء الحق المحقق على ضمانها وجعلها كالمقبوض بالسوم كما هو خيرة التذكرة على اشكال لعموم اليد ولا يخلو من قوة وعليه فيكون نحكم المحقق بقضاء ما عليه متجها مطلقا وفي التذكرة فيما ضمن الدين المؤجل فمات الاصيل وحل عليه الدين قال انه لا يحل على الضامن وان له المطالبة بقدر الدين من التركة ولكن لا يوضع في يده بل في يد امين او وارث الى ان يحل الاجل ويحصل التادية معللا ذلك بان الميت

عليه دين قطعا لم تبرء ذمته بالكلية بل تبرأ بالنسبة الى المضمون له اطلاقا والديون على الميت تحل قطعا فللضامن في ذمة المضمون عنه قبل التادية لكن كلامه في مواضع كالصريح فيما عليه الاصحاب من عدم وجود حق في ذمة المضمون عنه قبل التادية وانما احدث الضمان سببا لوجود الحق بشرط التادية ولا تاثير للسبب قبل حصول الشرط وهو ظاهر الاخبار الناصة على الرجوع بما ادى فلا بد من تنزيل العبارة المذكورة على جواز المطالبة وعزل شيء من التركة لوجود سبب الحق كما يعزل للحمل من الارث واحتمال وجود الحق في ذمة المضمون عنه متزلزلا لا يستقر الا بالتادية او ان التادية كاشفة عن ثبوت الحق حين الضمان فلذا يجوز الرجوع عليه والمطالبة بعيد جدا ويتفرع على ذلك انه لو ابرء الضامن من الحق لم يبرأ ولو ضمنه عنه ضامن لم يصح على المختار لكونه ابراء وضمانا لما لم يجب خبيرا على القول الآخر ولو دفع المضمون عنه قدر الحق كان امانة على المختار كما بينا ويملكه الضامن على القول الآخر اما لو دفع المضمون عنه قدر الحق الى الضامن ليفي ما التزمه من الدين بالضمان فدفعه الضامن الى المضمون له كان متبرعا بالوفاء ولا رجوع لاحدهما على الآخر كما لو دفعه المضمون عنه الى المضمون له وفاء عن الضامن من غير اذنه ولو اذن الضامن بدفعه وفاء عنه استحق كل منهما الرجوع على صاحبه وحصل التهاتر بينهما قهرا وان استشكله بعض افاضل العصر مدعيا ان اداء دين الضامن الماذون بمال المضمون عنه باذن الضامن لا يقتضي اشتغال ذمة الضامن بمثله اذ ليس هو بذلك قد صار قرضا عليه مع عدم قصده وعدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكا للمديون كما انه لا يستحق رجوعا على المضمون عنه لعدم حصول الاداء منه فلا تقاص وهو غريب فان المضمون عنه لم يتبرع بالوفاء عن الضامن بل باذنه وذلك موجب لاشتغال ذمة الضامن قطعا كالاجنبي كما انه يستحق الرجوع على المضمون عنه لحصول الوفاء بما هو مضمون عليه وفي حكم ماله كما لو اذن الاجنبي بالوفاء

عنه وح فيتقابل الحقان ويقع التقاص بينهما قهراً كما هو واضح اذا تقرر هذا فالمدار
في رجوع الضامن المأذون على صدق تأدية الدين المضمون وهي تتحقق بدفع المال
او باحالته المضمون له على شخص او احالته الشخص عليه وباستحقاق الضامن ما ضمنه ارثاً
او زكوة او خمساً او نحو ذلك وبالصلح على ما ضمنه بعوض ولا تتحقق التأدية بضمان
ضامن آخر عنه وان كان باذنه حتى يؤدي الضامن الاول وما اداه ايض من الثاني
فلو ابرأ المضمون له الضامن الثاني برأ الجميع ولو ابرأ الاصيل او الضامن الاول
لم يبرأ منهم احد ولو ابرأ الضامن الثاني الضامن الاول عما اداه لم يستحق الاول الرجوع على
الاصيل والفرق بين الحوالة والضمان في صدق التأدية بالاول دون الثاني ظاهر
فان الضمان نقل نفس الدين من ذمته الى ذمته فلم يحصل الوفاء عنه بشيء بخلاف الحوالة فانها
وفاء بما له او مال غيره باذنه ولا يرجع الضامن المأذون الا بما ادى جنساً وقدراً
ووصفاً ما لم يزد قدر الدين فلا يرجع بالزيادة لكونها تبرعاً منه ولو رضي المضمون
له باقل من الدين صلحاً او ابرء لم يرجع على المضمون عنه الا بما اداه من غير خلاف نصاً و
فتوى وضابطه ما نبه المص عليه من رجوعه باقل الامرين مما اداه ومن الحق فلو صالح
عن الدين بغير جنسه او دفعه وفاء فرضي به صاحب الدين لوحظ قيمة المدفوع والمصالح
عليه ورجع باقل الامرين من الدين وقيمته الا ان يكون المصالح عليه مما لا قيمة له
في حق المسلم كالخمر حيث يضمن دين المسلم ذمي لذمي فيتصالحان على خمر فان في جواز
الرجوع بقيمته عند مستحليه اشكالاً من ان اللازم الرجوع بما ادى ولا يتمكن المسلم
من رد الخمر بل قد يحتمل عدم برائته من الدين بذلك كما لو دفع الخمر بنفسه ومن ان تعذر
رد العين يوجب الانتقال الى القيمة ولا قيمة له في الاسلام فيتعين مراعاة قيمته عند
مستحليه ولو بلغ الضامن او صالح على عين بالف في ذمة المضمون له وكان الدين المضمون

الفا

الفاً تقاصا ورجع الضامن بتمام الدين وان كان قيمة المبيع او المصالح عليه اقل من
الدين وكذا لو ضمن مائة بشرط التأدية من عين قيمتها مائة فلم يتفق لغبن لشرائها
الا بتسعين فرضي المضمون له ببيعها بالتسعين واخذ التسعين وفاء عن تمام المائة
فانه لا يبعد الرجوع على المضمون عنه بتمام الدين وهو المائة لانه غرم في وفاء الدين
ما قيمته مائة باذنه فاستحق الرجوع بما غرمه ويحتمل الاقتصار على الرجوع بتسعين
لانها المؤداة الى المضمون له ولا اشكال في الرجوع بالجميع لو دفع الجميع ثم وهبه
للضامن كلاً او بعضاً **قوله** ويشترط فيه الملائة او علم المستحق باعساره اي يشترط
في لزوم الضمان ملائة الضامن حين الضمان او علم المضمون له باعساره فلو لم يعلم به
ثم علم كان للمستحق فسخ الضمان والرجوع على المضمون عنه وهذا الحكم مما قطع به
الاصحاب وارسلوه ارسال المسلمات ولم يختلفه خلاف بل في ظاهر كثير من العبارات
دعوى الاجماع لقاعدة الضرر المؤيدة هنا بعمل الاصحاب وملاحظة مشروعية الضمان
للارفاق ولا ارفاق بالمضمون له مع اعساره وبما ورد في ذيل موثق الحسن بن جهم سأل
عن الصبي تحلل امه فقال نعم اذا كان لها ما تعطيه وترضيه واشعاره ما دل على
رضى المضمون له في الصحة بذلك اذ لا رضى له لو كان عالماً باعساره وربما ايده ما ورد
في قضية عبد الله بن الحسن وتخييره لغرمائه بين ضمان علي بن الحسين ع وعبد الله
ابن جعفر فقالوا اما عبد الله فملي مطول واما علي بن الحسين ع فلا مال له صدوق وهو
احبهما الينا ولدلالته فيه الا على جواز ضمان المعسر مع العلم باعساره وهو مما لا كلام
فيه كما لا كلام في عدم الحاق غير الاعسار من موانع الوفاء بالاعسار في ثبوت الخيار ولا
في عدم ثبوت الخيار بتجدد الاعسار بعد الضمان ولو لم يعلم باعساره حتى زال اعساره
ففي ثبوت الخيار وجهان اقواهما عدم الثبوت **قوله** ويجوز الضمان حالاً او مؤجلاً